Nikolaus-Zeno Bisek

Der öffentlich-rechtliche Vertrag

nach dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes in der Fassung von 1963, in der »Münchener Fassung« von 1966 und dem schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetz

1970

Der öffentlich-rechtliche Vertrag

nach dem Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
in der Fassung von 1963, in der "Münchener Fassung" von 1966
und dem schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetz

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die Juristische Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Nikolaus-Zeno Bisek
aus Krakau

Münster 197o

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Chr. Fr. Menger
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. H. J. Wolff
Dekan: Prof. Dr. W. Stree
Tag der mündlichen Prüfung: 11. Febr. 1970

MEINER MUTTER

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Einleitung	1
1. Kapitel	
Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages nach §§ 4o E 63, E 66, 121 LVwG	3
A) Zu § 4o E 63	3
I) Begriffe	3
a) Der öffentlich-rechtliche Vertrag	3
b) Der sub- und koordinationsrechtliche Vertrag	5
II) Definitionen	7
a) Der öffentlich-rechtliche Vertrag	7
1) Die Definition des Entwurfs	7
2) Kritik	7
3) Die Abgrenzung zum Verwaltungsakt	1o
4) Die Abgrenzung zum privat-rechtlichen Vertrag	17
aa) Die Interessentheorie	19
bb) Die Subjektionstheorie	23
cc) Die Sonderrechtstheorie	27
(1) Allgemeine Darstellung	27
(2) Die Anwendung im besonderen	3o
(3) Zusatzkriterien	34
b) Der subordinationsrechtliche Vertrag	36
III) Die Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages	38
a) Die Entscheidung des Entwurfs	38
b) Stellungnahme	39
1) Die Anerkennung koordinationsrechtlicher Verträge	39
2) Die Anerkennung subordinationsrechtlicher Verträge	39
aa) Die Bedenken Giacomettis	4o

Seite

bb) Die Bedenken Bullingers 41
IV) Das Erfordernis normativer Ermächtigung 43
a) Die Entscheidung des Entwurfs 43
b) Stellungnahme 44
V) Die Einschränkung der Handlungsform 49
a) Die Entscheidung des Entwurfs 49
b) Stellungnahme 5o
B) Zu § 4o E 66 55
C) Zu § 121 LVwG 55
D) Abänderungsvorschlag 56

2. Kapitel

Vergleichsvertrag nach §§ 41 E 63, E 66, 122 LVwG 57
A) Zu § 41 E 63 57
I) Die Entscheidung des Entwurfs 57
II) Kritische Stimmen 58
III) Stellungnahme 6o
a) Problemstellung 6o
1) Vergleichsfeindliche Gesichtspunkte 6o
2) Vergleichsfordernde Gesichtspunkte 63
b) Lösungen in Literatur und Rechtsprechung 64
1) Das Erfordernis der Gesetzeskongruenz 64
2) Das Erfordernis formeller Verfügungsbefugnis 66
3) Beschränkung auf tatsachenbedingte Vergleiche 67
4) Der erforderliche Grad der Ungewißheit 68
5) Die Wahrung öffentlicher Interessen 7o
6) Kritik
c) Lösungsvorschlag 72
1) Gesetzeskongruente Vergleiche 72
2) Gesetzesinkongruente Vergleiche 74
aa) Vergleiche über die Sachlage 75
bb) Vergleiche über die Rechtslage 78
B) Zu §§ 41 E 66, 122 LVwG 82
C) Abänderungsvorschlag 83

Seite

3. Kapitel

Austauschvertrag nach §§ 42 E 63, E 66, 123 LVwG 85
A) Zu § 42 E 63 85
I) Die Entscheidung des Entwurfs 85
II) Kritische Stimmen 86
III) Stellungnahme 88
a) Problemstellung 88
b) Die Schranken vertraglicher Verpflichtungen 89
1) Gesetzeskongruente Verpflichtungen 89
2) Rechtfertigende Austauschlagen 92
c) Die Schranken vertraglicher Koppelungen 95
1) Koppelungen bei Ansprüchen auf Leistung 96
2) Koppelungen bei Ansprüchen auf ermessensfehlerfreie Entscheidung 99
aa) Das Überwiegen positiver Umstände 1oo
bb) Das Überwiegen negativer Umstände 1o1
cc) Die Herstellung positiver Umstände durch die Gegenleistung 1o1
dd) Die Vorwegnahme späterer Leistungspflicht 1o5
ee) Zulässigkeitskriterien 1o8
3) Koppelungen bei gesetzlich nicht vorgeregelten Leistungen 11o
B) Abänderungsvorschlag 111

4. Kapitel

Schriftform nach §§ 43 E 63, E 66, 124 LVwG 113

5. Kapitel

Zustimmung Dritter nach §§ 44 E 63, E 66, 125 LVwG 116
A) Zu § 44 E 63 116
I) Die Entscheidung des Entwurfs 116
II) Kritische Stimmen 116
III) Stellungnahme 117
a) Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte 117
b) Die Praktikabilität der Entwurfsregelung 119

Seite

B) Zu §§ 44 E 66, 125 LVwG 121
I) Die Entscheidung des Entwurfs 121
II) Stellungnahme 122
C) Abänderungsvorschlag 124

6. Kapitel

Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages nach §§ 45 E 63, E 66, 126 LVwG 125
A) Zu § 45 E 63 125
I) Die Entscheidung des Entwurfs 125
II) Abweichende Meinungen in Literatur und Rechtsprechung 126
a) Erste Ansicht: bei Rechtswidrigkeit Nichtigkeit 127
b) Zweite Ansicht: grundsätzliche Wirksamkeit trotz Rechtswidrigkeit 128
III) Stellungnahme 13o
a) Die Wirksamkeit rechtswidriger Verträge 13o
b) Nichtigkeitsgründe im einzelnen 133
1) Die Nichtigkeitsgründe des Entwurfs 133
2) Erweiterung der Nichtigkeitsgründe 136
c) Die Bestandskraft rechtswidriger Verträge 137
1) Rücktrittsrecht des Bürgers 137
2) Rücktrittsrecht der Behörde 141
B) Zu § 45 E 66 141
C) Zu § 126 LVwG 142
I) Die Entscheidung des Landesgesetzgebers 142
II) Stellungnahme 142
D) Abänderungsvorschlag 145

7. Kapitel

Kündigung des öffentlich-rechtlichen Vertrages nach §§ 46 E 63, E 66, 127 LVwG 147
A) Zu § 46 E 63 147
I) Die Entscheidung des Entwurfs 147
II) Kritische Stimmen 148
III) Stellungnahme 149
a) Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 46 S. 1 149

Seite

b) Der Wegfall der Verwaltungsgrundlage nach § 46 S. 2 153
1) Allgemeines 153
2) Entschädigungspflicht 156
B) Abänderungsvorschlag 158

8. Kapitel

Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung nach §§ 47 E 63, E 66, 128 LVwG 159
A) Zu §§ 47 E 63, E 66, 128 LVwG 159
I) Die Entscheidung des Entwurfs und des Landesverwaltungsgesetzes 159
II) Stellungnahme 16o
a) Die Vollstreckungsvoraussetzungen 16o
b) Das Vollstreckungsverfahren 162
B) Abänderungsvorschlag 163

9. Kapitel

Ergänzende Anwendung von Vorschriften nach §§ 48 E 63, E 66, 129 LVwG 164

Zusammenfassung 165

Literaturverzeichnis

Zitierweise nach
Seiten bzw. Paragraphen:

Apelt	Apelt, Willibalt Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Leipzig 192o, Neuausgabe Aalen 1964
Apelt, AöR 84 (1959), 249	Apelt, Willibalt Der verwaltungsrechtliche Vertrag
Bachof, AöR 83 (1958), 2o8	Bachof, Otto Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts
Bachof, JZ 1962, 745	Bachof, Otto Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
Bachof, JZ 1966, 395, 561	Bachof, Otto Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts
Baring, DVBl 1965, 18o	Baring, Martin Zur Problematik eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
Barocka, VerwArch 51 (196o),1	Barocka, E. Vereinbarungen und Verträge im Wasserrecht unter besonderer Berücksichtigung von Wasserentnahme-Gestattungsverträgen zur Bodenbewässerung
Barth, NJW 1961, 16o4	Barth, Lothar Die Verfügungsmacht der Beteiligten über den Streitgegenstand im sozialgerichtlichen Verfahren
Baumbach-Lauterbach	Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang Zivilprozeßordnung 29. Aufl., München, Berlin 1966
Baur, JZ 1963, 41	Baur, Fritz Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht
Becker, VVDStRL 1956 (14),96	Becker, Erich Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung
Becker	Becker, Franz Das allgemeine Verwaltungsverfahren in Theorie und Gesetzgebung, Stuttgart 196o
Beinhardt, VerwArch 55(1964), 151, 21o	Beinhardt, Gerd Der öffentlich-rechtliche Vertrag im deutschen und französischen Recht
Bellstedt, DÖV 1961, 161	Bellstedt, Christoph Bedürfen Subventionen gesetzlicher Grundlage?

Bericht des Sonderausschusses	Bericht des Sonderausschusses zum Entwurf eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein, Schleswig-Holsteinischer Landtag, 5. Wahlperiode 1962, Drucksache Nr. 871
Bettermann, DVBl 1958, 847	Bettermann, Karl August Anmerkung zu BVerwG, Urt.v. 7.11.1957 - II C 109/55
Bettermann, JZ 1966, 445	Anmerkung zu BGH, Urt.v. 21.12.1964 - III ZR 70/63
Bielenberg, DVBl 1967, 255	Bielenberg, Walter Abwälzung der Folge- oder Nachfolgelasten bei Erschließungen
Blomeyer	Blomeyer, Arwed Allgemeines Schuldrecht 4. Aufl., Berlin 1969
Bötticher, MDR 1961, 754	Bötticher, Eduard Anmerkung zu BGH, Urt. v.27.3.1961 - III ZR 62/60
Brintzinger, DÖV 1968, 16	Brintzinger, Ottobert L. Das Allgemeine Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
Bullinger	Bullinger, Martin Vertrag und Verwaltungsakt Stuttgart 1962
Bullinger, Notwendigkeit	Bullinger, Martin Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen, in: Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin 1967
v. Campenhausen, DÖV 1967, 666	Campenhausen, Axel von Die Koppelung von Verwaltungsakten mit Gegenleistungen im Vertragswege
Czermak, NJW 1961, 1760	Czermak, Fritz Gesetzmäßigkeit der Subventionsgewährung
Dithmar, NJW 1961, 2245	Dithmar, Ulrich Die nichtstreitige Erledigung sozialgerichtlicher Verfahren
Dombrowski	Dombrowski, Harald Mißbrauch der Verwaltungsmacht, Mainz 1967
Eckert, DVBl 1962, 11	Eckert, Lutz Leistungsstörungen im verwaltungsrechtlichen Schuldverhältnis
Enneccerus-Lehmann	Enneccerus, Ludwig - Lehmann, Heinrich Recht der Schuldverhältnisse 15. Aufl., Tübingen 1958

Enneccerus-Nipperdey	Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. u. 2. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1960
Erichsen, SchlHAnz 1966,121, 197	Erichsen, Hans-Uwe Zum Entwurf eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein
Esser	Esser, Josef Schuldrecht, Bd. I Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1968
Eyermann-Fröhler	Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig Verwaltungsgerichtsordnung, 4. Aufl., München, Berlin 1965
Fickert, DVBl 1964, 163	Fickert, Hans-Carl Der Begriff "Einvernehmen" im Bundesbaugesetz und seine Handhabung im Baugenehmigungs- und Rechtsmittelverfahren
Finke, JR 1967, 293	Finke, Hugo Zur Wirksamkeit sozialgerichtlicher Vergleiche
Fleiner	Fleiner, Fritz Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., Tübingen 1928
Forsthoff,	Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., München, Berlin 1966
Forsthoff, DVBl 1957, 724	Forsthoff, Ernst Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 24.1o.1956 - V C 236/54
Friauf	Friauf, Karl Heinrich Baurecht, in"Besonderes Verwaltungsrecht"; Hrsg. von Münch, Bad Homburg 1969
Friauf, AöR 88 (1963),257	Friauf, Karl Heinrich Zur Problematik des verfassungsrechtlichen Vertrages
Friedrichs, ABürgR 42(1916),28	Friedrichs, Karl Wie weit sind die Vorschriften des BGB auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar?
Friedrichs, JW 1925, 2487	Friedrichs, Karl Anmerkung zu KG, Rechtsentscheid v.2o.2.1925- 17 Y 1o3/24
Germann	Germann, Oskar Adolf Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 195o

Giacometti	Giacometti, Zaccaria Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960
Gitzinger	Gitzinger, Hans-Lutwin Verwaltungsakt auf Unterwerfung, Antragsbedingter Verwaltungsakt oder Öffentlich-rechtlicher Vertrag, Diss. Saarbrücken 1963
Grützkow, DÖV 1966, 554	Grützkow, Horst Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat
v. Haller, WüZtRpflVW 1929,81	Haller, Fr. v. Öffentliches Recht. Eine Zusammenstellung von Begriffsbestimmungen
Haueisen, DVBl 1961, 833	Haueisen, Fritz Verwaltung und Bürger
Haueisen, NJW 1963, 145	Haueisen, Fritz Buchbesprechung zu Martin Bullinger: "Vertrag und Verwaltungsakt"
Haueisen, NJW 1963, 1329	Haueisen, Fritz Unterschiede in der Bindungswirkung von Verwaltungsakt, öffentlich-rechtlichem Vertrag, gerichtlichem Vergleich und Urteil
Haueisen, NJW 1967, 590	Haueisen, Fritz Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 4.2.1966 - IV C 64/65
Haueisen, DVBl 1968, 285	Haueisen, Fritz Die Bestandskraft verwaltungsgerichtlicher Vergleiche
Haueisen, NJW 1969, 122	Haueisen, Fritz Zur Zulässigkeit, Wirksamkeit und Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages
Henze	Henze, Karl-Otto Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater, Heidelberg 1958
Hillermeier, DVBl 1967, 21	Hillermeier, H. Klage auf Rücknahme einer verwaltungsgerichtlichen Klage
Holliger	Holliger, Jakob Das Kriterium des Gegensatzes zwischen privatem und öffentlichem Recht, Diss. Zürich 1904
Huber	Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 1953

v. Ihering	Ihering, Rudolf Der Geist des Römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. 3, 6. Aufl., Leipzig 1907
Imboden	Imboden, Max Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Basel 1958
Imboden, Gesetz	Imboden, Max Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 2. Aufl., Basel 1962
Imboden, Rechtsprechung	Imboden, Max Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. 1, Basel 1968
Ipsen	Ipsen, Hans Peter Öffentliche Subventionierung Privater, Berlin, Köln 1956
Janknecht	Janknecht, Hans Rechtsformen von Subventionierungen, Diss. Münster 1964
Jellinek	Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, Neudruck Offenburg 1948
Jentsch, DÖV 1956, 299	Jentsch, Ulrich Zum Begriff des öffentlichen Rechts
Jesch	Jesch, Dietrich Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
Kipp	Kipp, Theodor Über Doppelwirkungen im Recht, in: Festschrift für Ferdinand v.Martitz,S.211, Berlin 1911
Klein, NJW 1968, 1322	Klein, Karl Heinz Buchbesprechung von v.d. Groeben-Knack: Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
Klein	Klein, Walter Der Begriff des öffentlichen Interesses, Diss. Münster 1969
Klinger	Klinger, Hans Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Göttingen 1964
Knack, DVBl 1965, 709	Knack, Hans Joachim Der öffentlich-rechtliche Vertrag im Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes

Kniesch	Kniesch, Hans-Joachim Zur Neuordnung der Rechtsquellen im Verwaltungsrecht in: Gedächtnisschrift Hans Peters, S. 187 Berlin 1967
Kniesch, Vergleich	Kniesch, Hans-Joachim Zum Vergleich im Verwaltungsprozeß in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 497, Karlsruhe 1963
Köhler	Köhler, Alexander Verwaltungsgerichtsordnung, Berlin, Frankfurt 1960
Kormann	Kormann, Karl System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910
Kottke	Kottke, Joachim System des subordinationsrechtlichen Vertrages, Diss. Hamburg 1966
Kreienschulte	Kreienschulte, Peter Der Rechtscharakter der Stiftung Volkswagenwerk, Diss. Münster 1969
Larenz, Geschäftsgrundlage	Larenz, Karl Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2. Aufl., Berlin, München 1963
Larenz, AT	Larenz, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München, Berlin 1967
Larenz, Schr	Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 9. Aufl.,München 1968
Larenz, Methodenlehre	Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1969
Lehmann-Hübner	Lehmann, Heinrich - Hübner, Heinz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966
Lepsien	Lepsien, Wolfgang Prinzipien der Leistungsverwaltung, Diss. Münster 1961
Lerche, NJW 1961, 1758	Lerche, Peter Bundestagsbeschlüsse ohne Gesetzesbefehl über Subventionen

Lerche	Lerche, Peter Die verwaltungsgerichtliche Klage aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 59 , Karlsruhe 1963
Löwer, VerwArch 56(1965), 142, 236	Löwer, Kurt Der verwaltungsrechtliche Prozeßvergleich als materielles Rechtsgeschäft
Martens, AöR 89 (1964), 429	Martens, Joachim Normenvollzug durch Verwaltungsakt und Verwaltungsvertrag
Maunz-Dürig	Maunz, Theodor - Dürig, Günter Grundgesetz, München 1958 ff.
Mayer, VerwArch 3(1888),1	Mayer, Otto Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag
Mayer	Mayer, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1924, Nachdruck Berlin 1961
Medicus	Medicus, Dieter Bürgerliches Recht, Köln, Berlin, Bonn, München 1968
Mellwitz, DVBl 1962, 601	Mellwitz, Artur Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 28.3.1962 - V C 100.61
Menger, VerwArch 50 (1959), 193 VerwArch 51 (1960), 149 VerwArch 52 (1961), 92, 196 VerwArch 54 (1963),	Menger, Christian-Friedrich Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
Menger-Erichsen, VerwArch 56 (1965), 278 VerwArch 57 (1966), 175 VerwArch 58 (1967), 171 VerwArch 59 (1968), 366	Menger, Christian-Friedrich - Erichsen, Hans-Uwe Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
Menger, DRiZ 1967, 381	Über die Beachtlichkeit fehlerhafter Einberufungsbescheide und deren Grenzen
Menger, Grundrechte III/2	Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte III/2, S. 717 ff., hg. von Bettermann, Nipperdey, Scheuner, Berlin 1959

Molitor	Molitor, Erich Über öffentliches und Privatrecht, Karlsruhe 1949
Musterentwurf	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, 2. Aufl., Köln, Berlin 1968
Nawiasky	Nawiasky, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln, Zürich, Köln 1948
Nebinger	Nebinger, Robert Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1949
Obermayer	Obermayer, Klaus Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, Stuttgart, München, Hannover 1964
Ossenbühl	Ossenbühl, Fritz Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, Berlin 1964
Palandt, (Bearbeiter)	Palandt, (Bearbeiter) Bürgerliches Gesetzbuch, 28. Aufl., München, Berlin 1969
Peters	Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949
Peters, Verwaltung	Peters, Hans Verwaltung ohne gesetzliche Ermächtigung? in: Festschrift für Hans Huber, S. 206, Bern 1961
Peters, Staatsgewalt	Peters, Hans Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, Krefeld 1965
Peters-Sautter-Wolff	Peters, Horst - Sautter, Theodor - Wolff, Richard Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 4. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
Pieper, DVBl 1967, 11	Pieper, Goswin Zulässigkeit und Funktion des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Verhältnis Staat und Bürger, insbesondere im Vergleich zur Funktion des Verwaltungsaktes
Raudszus, SchlHAnz 1966,193	Raudszus, Helmut Der Entwurf eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein und das Notariat

Redeker, DÖV 1966, 545	Redeker, Konrad Die Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Musterentwurf
Redeker, JZ 1968, 537	Redeker, Konrad Staatliche Planung im Rechtsstaat
Redeker-v.Oertzen	Redeker, Konrad - Oertzen, Hans-Joachim von Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Stuttgart 1965
Regierungsentwurf	Entwurf eines Allgemeinen Verwaltungsgesetzes für das Land Schleswig-Holstein, Schleswig-Holsteinischer Landtag, 5. Wahlperiode 1962, Drucksache Nr. 65o
Richter, AöR 8 (1925), 11	Richter, Lutz Das subjektive öffentliche Recht
Ruck	Ruck, Erwin Schweizerisches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich 1951
Rüfner	Rüfner, Wolfgang Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967
Rupp, AöR 85 (196o),149	Rupp, Hans Heinrich Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme
Rupp, DVBl 1958, 113	Rupp, Hans Heinrich Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt
Rupp, Jus 1961, 59	Rupp, Hans Heinrich Zum Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages
Salzwedel	Salzwedel, Jürgen Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, Berlin 1958
v.Savigny	Savigny, Friedrich Karl von System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 184o
Scheerbarth	Scheerbarth, Walter Das allgemeine Bauordnungsrecht, 2. Aufl., Köln 1966
Schick	Schick, Walter Vergleiche und sonstige Vereinbarungen zwischen Staat und Bürger im Steuerrecht, München 1967
Schlüter	Schlüter, Jörg Das Zusammenwirken von Verwaltungsbehörden bei Erlaß eines Verwaltungsaktes, Diss. Münster 1966

Schmidt, NJW 1969, 616	Schmidt, Reiner Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 27.6.1968 - II C 7o/67, und LG München, Urt.v. 6.3.1968 - 6 O 51o/67
Schneider, NJW 1962, 1273	Schneider, Hans Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung
Schoen, DÖV 1955, 137	Schoen, Xaver Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit
Scholler, DVBl 1968, 4o9	Scholler, Heinrich Selbstbindung und Selbstbefreiung der Verwaltung
Schramm, MDR 1963, 888	Schramm, Theodor Norminterpretation der Exekutive im Vergleichswege
Schütz, NJW 1963, 215o	Schütz, Walter Zustimmung und Einvernehmen anderer Behörden im Baurecht
Schulze	Schulze, Elmar Baudispensverträge, Stuttgart 1964
Schunck-de Clerck	Schunck, E. - Clerck, H. de Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Aufl., Siegburg 1967
Schwär	Schwär, Gunter Leistungsstörungen bei der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Leistungspflichten, Diss. Köln 1968
Sendler, NJW 1964, 2137	Sendler, Horst Anwendung allgemeiner Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches im Verwaltungsverfahren
Siebert	Siebert, Wolfgang Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Niedermeyer,S. 215, Göttingen 1953
Simons	Simons, Lothar Leistungsstörungen verwaltungsrechtlicher Schuldverhältnisse, Berlin 1967
Soergel-Siebert (Bearbeiter)	Soergel, Th. - Siebert, W. Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1o. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967

Spanner	Spanner, Hans Empfiehlt es sich, den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zu kodifizieren? in: Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I, Teil 2 A, Tübingen 1960
Spanner, DVBl 1964, 845	Spanner, Hans Ein Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes
Staudinger (Bearbeiter)	Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Berlin 1961
Steffen	Steffen, Wilhelm Der öffentlich-rechtliche Vertrag im heutigen Recht, Diss. Königsberg 1938
Stein, AöR (1961), 320	Stein, Ekkehart Der Verwaltungsvertrag und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung
Stein-Jonas-Schönke-Pohle	Stein, Friedrich - Jonas, Martin - Schönke, Adolf - Pohle, Rudolf Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., 1. Bd., Tübingen 1964
Stern, VerwArch 49 (1958), 106	Stern, Klaus Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages
Stern, AöR 84 (1959), 137	Stern, Klaus Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages
Stern, JZ 1960, 557	Stern, Klaus Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater
Stich, Jus 1964, 333, 381	Stich, Rudolf Das Verwaltungshandeln
Terrahe	Terrahe, Jürgen Die Beleihung als Rechtsinstitut der Staatsorganisation, Diss. Münster 1961
Tittel, DVBl 1967, 38	Tittel, Hans-Joachim Anmerkung zu BGH, Urt.v.14.7.1966 - III ZR 190/64
Ule, DVBl 1960, 609	Ule, Carl Hermann Hat sich der Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg bewährt?
Ule	Ule, Carl Hermann Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl., München, Berlin 1966

Ule-Becker	Ule, Carl Hermann - Becker, Franz Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, Köln 1964
Ule, Planspiel	Ule, Carl Hermann Zum Musterentwurf eines Verwaltungs- verfahrensgesetzes, Speyer 1966
Ule-Sellmann, DVBl 1967, 837	Ule, Carl Hermann - Sellmann, K.-A. Zum Stand der Vereinheitlichung des Verfahrensrechts
Wach, DVBl 1967, 47	Wach, Herbert Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.7.1966 - III ZR 19o/64, BVerwG, Urt. v.5.1o.1965 - IV C 26.65, BVerwG, Urt. v.14.2.1966 - IV C 64.65
Weitemeyer	Weitemeyer, Klaus Der verwaltungsprozessuäle Vergleich, Diss. Frankfurt 1966
Willigmann, DVBl 1963, 229	Willigmann, Klaus Koppelungen von Verwaltungsakten mit wirt- schaftlichen Gegenleistungen
Wilke SGb 1964, 35o	Wilke, Heinz Bodo Der Prozeßvergleich im verwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren
Wolff, Ernst	Wolff, Ernst Zur Methode der Bestimmung von privatem und öffentlichem Recht, in: Festschrift für Erich Molitor, S. 1 München, Berlin 1962
Wolff, AöR 76(195o/51),2o5	Wolff, Hans J. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht
Wolff, DVBl 1961, 2o7	Wolff, Hans J. Anmerkung zu BVerwG, Urt. v. 18.1o.196o - V C 36/6o
Wolff	Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht, Bd. I, 7. Aufl., München, Berlin 1968 Bd. II, 2. Aufl., München, Berlin 1967 Bd. III, 2. Aufl., München, Berlin 1967
Zastrow, JR 1967, 5	Zastrow, Berengar von Die Unwirksamkeit und Bestandskraft in Sozialgerichtsvergleichen auf dem Gebiet der Rentenversicherung
Zeidler	Zeidler, Karl Empfiehlt es sich, die bestehenden Grund- sätze über Auskünfte und Zusagen in der öffentlichen Verwaltung beizubehalten? in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages, Bd. I, 2. Teil, Tübingen 1962

Zuleeg	Zuleeg, Manfred Die Rechtsform der Subventionen, Berlin 1965

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
a.M.	anderer Meinung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AT	Allgemeiner Teil
BBauG	Bundesbaugesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMI	Bundesminister des Innern
BSG	Bundessozialgericht
BVerfG	Bundesverfassunggericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVwVG	(Bundes-) Verwaltungsvollstreckungsgesetz
Dig.	Digesta Iustiniani
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des davor genannten Gerichts
E 63	Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (1963)
E 66	"Münchener Fassung" des Musterentwurfs (1966)
GS	Gesetzsammlung

GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVOBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
h.M.	herrschende Meinung
JR	Juristische Rundschau
Jus	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LB	Lehrbuch
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LVwG	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nwOBG	(nordrhein-westfälisches) Gesetz über Aufbau und Befugnisse der Ordnungsbehörden
nwVwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen
örV	öffentlich-rechtlicher Vertrag
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Reg.E	Regierungsentwurf
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Sch.-H.	Schleswig-Holstein
SchlHAnz	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SchR	Schuldrecht
Sgb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGG	Sozialgerichtsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
VA	Verwaltungsakt
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRspr	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	Verwaltungsgericht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung

wüEVRO	Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg. Entwurf eines Gesetzes mit Begründung
WüZtRpflVW	Württembergische Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung
Z	Zwischenergebnis
ZPO	Zivilprozeßordnung

Einleitung

Im Jahre 1963 legte ein aus Sachverständigen des Bundesinnenministeriums und der Länderinnenministerien zusammengesetzter Ausschuß nach dreijähriger Tätigkeit den von ihm erarbeiteten Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes [1] vor. Der Musterentwurf enthält in den §§ 4o bis 48 Regelungen, die den öffentlich-rechtlichen Vertrag betreffen [2].

Der auf der Grundlage des Musterentwurfes bei dem Bundesminister des Innern erarbeitete Referentenentwurf vom Dezember 1965 [3] und die inzwischen erfolgten Stellungnahmen zum Musterentwurf veranlaßten den Bund-Länderausschuß im März 1966 zu Empfehlungen, die in einer Neufassung des Musterentwurfes, der sog. "Münchener Fassung" [4], ihren Niederschlag fanden [5].

In enger Anlehnung an die "Münchener Fassung" des Musterentwurfes verabschiedete der Landtag von Schleswig-Holstein am 18.4.1967 eine umfassende Kodifikation

---

1) Erschienen bei Grote, 1. Aufl. Köln 1964, 2.Aufl. 1968. Im folgenden "E 63" genannt.

2) Zur Entstehungsgeschichte des Entwurfs s. Allgemeine Begründung E 63, S. 53 ff.; Brintzinger, DÖV 1968, 16 ff.; Erichsen, SchlHAnz 1966, 121 ff.

3) Inzwischen ist im BMI auf der Grundlage des E 66 ein Referentenentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes 1967 fertiggestellt worden - unveröffentlicht -, der den Ländern zugeleitet worden ist. Hinweis bei Ule-Sellmann, DVBl 1967, 837.

4) Im Anhang zur 2. Auflage des Musterentwurfes, im folgenden "E 66" genannt. Begründungen zu der "Münchener Fassung" enthält die unveröffentlichte Ergebnisniederschrift über die Sitzung des Bund-Länderausschusses in München vom März 1966.

5) Zur Entstehungsgeschichte vgl. E 63, 2.Aufl.,S.299.

des Verwaltungs- und des Verwaltungsverfahrensrechts, das Allgemeine Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein [6], das den öffentlich-rechtlichen Vertrag in den §§ 121 - 129 regelt [7].

Der Musterentwurf und das schleswig-holsteinische Landesverwaltungsgesetz und so auch die Vorschriften über den öffentlich-rechtlichen Vertrag sind Gegenstand zahlreicher Stellungnahmen gewesen. Eine eingehende Erörterung gerade dieser Vorschriften liegt bisher jedoch nicht vor [8]. Da die Figur des öffentlich-rechtlichen Vertrages bis in die jüngste Zeit zu den umstrittensten Erscheinungen des Allgemeinen Verwaltungsrechts gehört, dürfte eine solche Erörterung gerechtfertigt sein und soll hier vorgenommen werden.

Ziel der Untersuchung ist dabei, die in Entwurf und Landesverwaltungsgesetz getroffenen Bestimmungen über den öffentlich-rechtlichen Vertrag kritisch zu untersuchen und, wo dies erforderlich erscheint, Abänderungsvorschläge zu erarbeiten. Eine Erweiterung der bestehenden Vorschriften auf bisher nicht erfaßte Bereiche wird dabei nicht angestrebt.

---

6) Im Folgenden "LVwG" genannt; veröffentlicht: GVOBl Schl. - H., S. 131 = GS. Schl. - H., Gl. Nr. 2o.

7) Zur Entstehungsgeschichte des Landesverwaltungsgesetzes s. Allgemeine Begründung, Reg.E, S. 12o ff.; Brintzinger DÖV 1968, 16; Erichsen, SchlHAnz 1966, 121.

8) Sieht man einmal von der Kommentierung durch von der Groeben-Knack ab; kritisch zu dieser Referentenkommentierung: Klein, NJW 1968, 1322.

1. Kapitel

Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages nach §§ 4o E 63, E 66, 121 LVwG

§ 4o des Musterentwurfs und § 121 des schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetzes behandeln die Zulässigkeit der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages. § 4o E 63 wurde 1966 neu gefaßt, § 121 LVwG weicht von beiden Fassungen des Entwurfs ab. Es soll daher von § 4o E 63 ausgegangen werden.

A) Zu § 4o E 63

Nach § 4o Abs. 1 E 63 kann durch Vertrag ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts begründet, geändert oder aufgehoben werden, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen [9]. Nach § 4o Abs. 2 gilt ein Teil der folgenden Vorschriften des Gesetzes nur für Verträge, die eine Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, mit demjenigen abschließt, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.
Die Vorschrift des § 4o E 63 ist zunächst von Bedeutung für den Begriff und die Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages.

I) Begriffe

a) Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages

Spricht man von öffentlich-rechtlichen Verträgen, dann sind normalerweise nur die in einem engeren Sinne öffentlich-rechtlichen Verträge gemeint, nämlich die

---

9) Ähnlich schon Art. 47 des Entwurfs einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg 1931.

Verträge auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts, nicht aber die Verträge des Staats- und Verfassungsrechts [10]. Aus der Eingliederung in das Verwaltungsverfahrensgesetz, das gemäß § 1 E 63 [11] für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden gilt, ergibt sich, daß die §§ 4o ff. den Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages nur im engeren, nämlich verwaltungsrechtlichen Sinne gebrauchen [12]. Die Bezeichnung "verwaltungsrechtlicher Vertrag" [13] hätte daher näher gelegen. Auch der Bund-Länderausschuß verkennt nicht, daß diese Bezeichnung sachgerechter wäre [14], beruft sich aber darauf [15], daß der Begriff "öffentlich-rechtlicher Vertrag" der eingebürgerten Terminologie entspreche. Demgegenüber ist festzustellen, daß

---

10) Öffentlich-rechtliche Verträge im weiteren Sinne: Stern, VerwArch 49 (1958), 108.

11) §§ 1 E 66, 1 LVwG lauten entsprechend.

12) Vergl. Einzelbegründung E 63, S. 188.

13) Zu unterscheiden von dem Begriff "Verwaltungsvertrag", unter dem sich verwaltungsrechtliche und privatrechtliche Verträge, die die Verwaltung schließt, zusammenfassen lassen. Vgl. Bullinger, S. 29. Anders Huber, S. 58, Kottke, S. 6, Martens, AöR 89 (1964), 429, die unter Verwaltungsverträgen nur verwaltungsrechtliche, nicht aber privatrechtliche und verwaltungsprivatrechtliche Verträge verstehen.

14) Vgl. aber auch Redeker, DÖV 1966, 544, Fußn. 13, der sogar diese Bezeichnung nicht für ganz korrekt hält, da § 4o E 63 auch auf Normsetzung gerichtete Verträge betreffe, die nicht verwaltungsrechtlicher Natur seien.

15) So die Ergebnisniederschrift S. 4o.

in Literatur [16] und Rechtsprechung [17] der Begriff des verwaltungsrechtlichen Vertrages bis in die jüngste Zeit in großem Umfang Anwendung findet.

(Z) Es sollte daher keine besondere Schwierigkeit bereiten, den präziseren Begriff "verwaltungsrechtlicher Vertrag" in künftige Verwaltungsgesetze aufzunehmen [18].

b) Begriff des sub- und koordinationsrechtlichen Vertrages

Geläufig ist weiter die Differenzierung zwischen sub- und koordinationsrechtlichen Verträgen. Mit dem Kriterium der Sub- bzw. Koordination wird an die an einem Vertrag beteiligten Personen und das Verhältnis, in dem sie zueinander stehen, angeknüpft.
Ein subordinationsrechtlicher Vertrag liegt vor, wenn die vertragsschließenden Parteien normalerweise, d.h. außerhalb des Vertrages, zueinander in einem Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen (abstraktes Über- Unterordnungsverhältnis [19]). Sind die Parteien normalerweise gleichgeordnet (abstraktes Gleichordnungsverhältnis [20]), dann wird der geschlossene Vertrag als koordinationsrechtlicher Vertrag bezeichnet [21].
Diese Differenzierung hat nicht nur theoretischen Wert,

---

16) Vgl. z.B. Apelt, AöR 84 (1959), 249 (örV als Synonym S. 249, 252 f.; Baring, DVBl 1965, 183; Beinhardt, VerwArch 55 1964, 21o (örV als Synonym S.213; Friauf, AöR 88 (1963), 265; Imboden S. 1 (örV als Synonym) S. 38, 4o, 43 f.; Janknecht, S. 69; Lerche, S. 61; Obermayer, S. 35; Rupp, Jus 1961, 59; Scheerbarth, § 61; Schulze, S. 62; Stich, Jus 1964, 383; Wolff, § 44.

17) Vgl. z.B. OVG Münster, DÖV 196o, 798; VG Münster, BBauBl 1963, 385.

18) Im Folgenden wird der Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages daher nur bei der Erörterung des § 4o E 63 und bei der Wiedergabe von Zitaten verwendet.

19) Stern, VerwArch 49 (1958), 143.

2o) Stern, ebenda.

sondern ist für die Voraussetzungen und Folgen öffentlich-rechtlicher Verträge von Bedeutung. So sind koordinationsrechtliche Verträge unter wesentlich weiteren Voraussetzungen als subordinationsrechtliche Verträge zulässig und werden allgemein als wenig problematisch angesehen [22].

Der Entwurf vermeidet den Begriff des subordinationsrechtlichen Vertrages, gibt aber in § 4o Abs. 2 E 63 eine Legaldefinition, die mit einer Verweisung auf nur für diese Vertragsart geltende Vorschriften gekoppelt ist. Die Nichtverwendung des Begriffs begründet der Bund-Länder-Ausschuß damit, daß dieser Begriff zwar in der rechtswissenschaftlichen Literatur geläufig sei, in die Gesetzessprache aber nicht eingeführt werden sollte [23].

(Z) Da die Begriffe der Koordination und Subordination allgemein verständlich sind, wäre m.E. nichts dagegen einzuwenden, wenn der Definition des subordinationsrechtlichen Vertrages zur Klarstellung der Begriff des subordinationsrechtlichen Vertrages in Klammern nachgestellt würde, wie es der Ausschuß in § 4o Abs. 1 E 63 bei dem Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages getan hat.

---

21) Vgl. Huber, S. 57; Wolff, § 44 II; OVG Münster, E 16, 12 (13).

22) Vgl. Menger, VerwArch 52 (1961), 1o1; Stern, VerwArch 49 (1958), 143 ff.; Schülze, S. 61; Wolff § 44 II a).

23) Ergebnisniederschrift,S. 4o; anders der Referentenentwurf BMI 1965, unveröffentlicht.

II) Definitionen

a) Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages

1) Definition nach dem Entwurf

Nach dem Willen seiner Verfasser soll § 4o Abs. 1 E 63 eine Legaldefinition des öffentlich-rechtlichen Vertrages im engeren Sinne geben [24]. Löst man die in § 4o Abs. 1 enthaltene Koppelung mit der Zulässigkeitsbestimmung für öffentlich-rechtliche Verträge auf, dann müßte die Definition folgendermaßen lauten:
Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag liegt vor, wenn auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ein Rechtsverhältnis begründet, geändert oder aufgehoben wird [25].
Ob damit den an eine Definition zu stellenden Anforderungen Genüge getan ist, erscheint zweifelhaft.

2) Kritik

Definiert ist ein Begriff, wenn das Vorliegen der durch die Definition aufgestellten Voraussetzungen notwendige und hinlängliche Bedingung dafür ist, daß ein Sachverhalt dem definierten Begriff unterfällt [26].
Wendet man diesen Maßstab auf die in § 4o Abs. 1 E 63 gemachte Aussage an, so wird sofort deutlich, daß von einer Definition im obigen Sinne keine Rede sein kann: die Begründung eines Rechtsverhältnisses auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ist keineswegs hinlängliche Bedingung für die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Solche Rechtsverhältnisse können auch unmittelbar durch Gesetz, Verwaltungsakt oder

---

24) Einzelbegründung, S. 189.

25) So auch Steffen, S. 11; Kottke, S. 4.

26) Vgl. Larenz, Methodenlehre S. 446: definiert ist ein Begriff durch die erschöpfende Angabe seiner stets unabdingbaren Merkmale.

Realakt geschaffen werden [27].
Nun erfüllen gesetzliche Definitionen ohnehin nicht immer die an eine wissenschaftliche Definition zu stellenden Anforderungen an Genauigkeit und Vollständigkeit, sind aber trotzdem von Wert, da der Gesetzgeber meist nur ein bestimmtes Ziel, etwa eine Abgrenzung, anstrebt [28]. So wollen hier die Verfasser des Entwurfs mit der Legaldefinition des § 4o E 63 in erster Linie öffentlich-rechtliche von privatrechtlichen Verträgen abgrenzen [29]. Aber auch mit einer solchen durch den Zweck bedingten Einschränkung bleibt die Definition der Verfasser wertlos, geht man nur von ihrem Wortlaut aus. Der Begriff des Rechtsverhältnisses steht innerhalb einer gedachten Begriffspyramide über dem Begriff des Vertrages und ist wegen des höheren Abstraktionsgrades notwendigerweise inhaltlich ärmer [3o]. Was das Merkmal "öffentlich-rechtlich" angeht, so ist es schon deshalb nicht definiert, weil es innerhalb der Definition in substantivierter Form wieder in Erscheinung tritt: "..... auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ....." [31].

Was die Verfasser mit der Formulierung des § 4o Abs. 1 E 63 tatsächlich ausdrücken wollten, geht aus der Einzelbegründung zu § 4o hervor [32]. Ein vertraglich begründetes Rechtsverhältnis soll dann öffentlich-rechtlich sein, wenn der Gegenstand des Rechtsverhältnisses auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts liegt.

---

27) Vgl. zum Begriff des Rechtsverhältnisses: Wolff, § 32 V; Palandt, Überblick vor § 1o4, 1).

28) Vgl. Larenz, Methodenlehre,S. 327 f.

29) Einzelbegründung E 63, S. 188.

3o) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 44o ff.,ausdrücklich zum Verhältnis zwischen Vertrag und Rechtsgeschäft.

31) Auch Zuleeg, S. 36, bezeichnet die gleichlautende Definition von Steffen, S. 11, als Zirkelschluß. Das trifft auch Kottke, S. 4.

32) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 188.

Das bedeutet, daß ein Vertrag nicht deshalb öffentlich-rechtlicher Natur ist, weil eine der beteiligten Personen Subjekt des öffentlichen Rechts ist und weiter,daß für die Qualifikation des Vertrages das Verhältnis der Parteien, in dem sie sich bei Begründung des Rechtsverhältnisses gegenüberstehen, unerheblich ist [33]. Damit werden die Kriterien abgelehnt, die die ältere Subjektstheorie [34] und die Subjektionstheorie im strengen Sinne [35] zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht verwenden. Definiert ist der öffentlich-rechtliche Vertrag damit jedoch noch nicht, vielmehr ist die Problematik nun auf die Frage verschoben, wann der Vertragsgegenstand öffentlich-rechtlicher Art ist. Die Verfasser nehmen zu dieser Frage keine Stellung, sondern lassen es bei dem Hinweis bewenden, daß zur Qualifikation des Vertrages auf seinen Gegenstand abzustellen sei, da

---

33) Die Ausführungen des Ausschusses beziehen sich nur auf diese letzgenannte Möglichkeit. Das Abstellen auf den Gegenstand hat aber zur Konsequenz, daß es auf die am Vertrag beteiligten Personen überhaupt nicht ankommt. Daraus folgt weiter, daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag auch zwischen Zivilpersonen geschlossen werden kann, wenn nur der Vertragsgegenstand öffentlich-rechtlicher Natur ist. S. dazu unten III) b).

34) Nach ihr soll für die Abgrenzung entscheidend sein, ob an dem fraglichen Rechtsverhältnis ein Hoheitsträger beteiligt ist. Vgl. Richter, AöR 8 (1925), 3 ff.; Mayer,Bd. I, S. 15; da nach deutschem Recht aber auch die Träger hoheitlicher Gewalt Subjekte von Privatrechtssätzen sein können, wird die Subjektionstheorie in dieser Form heute nicht mehr vertreten: vgl. Zuleeg, S. 31.

35) Begriff von Salzwedel, S. 81. Nach ihr käme es darauf an, wie sich die Parteien innerhalb einer Rechtsbeziehung gegenüberstehen. Vgl. Forsthoff, S. 107. Wegen der vertraglich bedingten Gleichordnung der Parteien könnte es demnach keine örV geben. S. dazu unten 4) bb).

die Subjektionstheorie versage [36]. Es soll daher im Folgenden untersucht werden, ob die Verfasser es sich hier nicht zu leicht gemacht haben, und ob nicht doch eine Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages möglich ist, deren Erforderlichkeit ja auch die Verfasser zugeben [37]. Dabei wird die Abgrenzung zum Verwaltungsakt hinsichtlich der Regelungsform und zum privatrechtlichen Vertrag hinsichtlich des Regelungsbereiches entscheidend sein, was sich schon aus den Wortelementen des Begriffs "öffentlich-rechtlicher Vertrag" ergibt.

3) Die Definition des Vertrages und seine Abgrenzung zum Verwaltungsakt

Eine Definition des Vertragsbegriffes ist erforderlich, weil öffentlich-rechtlicher Vertrag und Verwaltungsakt nach dem Entwurf unterschiedlichen Regelungen unterliegen und daher gegeneinander abgegrenzt werden müssen. Es bestände sonst z.B. die Gefahr, daß rechtswidrige Verwaltungsakte als Verträge oder umgekehrt rechtswidrige Verträge als Verwaltungsakte ausgegeben werden, um die von ihnen getroffene Regelung aufrecht erhalten zu können [38].

---

36) Hier verkennen die Verfasser offenbar, daß es mehrere Anwendungsmöglichkeiten der Subjektionstheorie gibt, obwohl sie sich auf Salzwedel berufen, der doch gerade die Eignung der Subjektionstheorie befürwortet: vgl. Salzwedel, S. 83 f.. So verweisen auch Menger-Erichsen, VerwArch 56 (1965), 279, darauf, daß die Einzelbegründung des Entwurfs zu Unrecht von einem Gegensatz zwischen einer Abgrenzung nach der Subjektionstheorie und einer Abgrenzung nach dem Gegenstand der vertraglichen Regelung ausgehe.

37) Einzelbegründung E 63, S. 188.

38) Vgl. Bullinger, S. 36.

Geht man von der üblichen Definition des Verwaltungsaktes als Maßnahme einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts [39] aus, dann ist für die Abgrenzung zum öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht viel gewonnen, denn auch der Abschluß eines solchen Vertrages kann als Maßnahme einer Verwaltungsbehörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts angesehen werden [4o]. Immerhin klingt in dem Merkmal "Maßnahme einer Verwaltungsbehörde" schon an, daß der Verwaltungsakt e i n s e i t i g e r , hoheitlicher Ausspruch ist. Deutlicher wird der Unterschied in der Definition des Vertragsbegriffes für das Privatrecht, die auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts nicht anders lauten kann [41]. Danach ist der Vertrag die erklärte Willensüberstimmung zweier (oder mehrerer) sich gegenüberstehender Parteien über die Herbeiführung eines Rechtserfolges [42]. Indes hilft es nicht viel weiter, dem Verwaltungsakt als einseitiger, hoheitlicher Regelung den Vertrag als mehrseitige, einvernehmliche Regelung gegenüberzustellen. Relevant wird die Abgrenzungsproblematik nämlich erst dadurch, daß es Verwaltungsakte gibt, an denen eine Behörde und auch ein Bürger beteiligt sind. Die Möglichkeit einer solchen Mitwirkung und die durch einen solchen Mitwirkungsakt hervorgerufene Ähnlichkeit mit einer vertraglichen Regelung hat dazugeführt, daß die Daseinsberechtigung

---

39) Vergl. § 27 E 63; Bachof, JZ 1966, 396 u. 561; Wolff, § 46 I; BVerwGE 6,168 .

4o) Pieper, DVBl 1967, 15 .

41) Vergl. Apelt, AöR 84 (1959), 253; Gitzinger, S.14; Jellinek, S. 2o4 .

42) So Lehmann, § 33 I. Ähnlich schon Savigny, S. 3o9.

öffentlich -rechtlicher Verträge bestritten wird [43], oder öffentlich-rechtliche Verträge für mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte gehalten werden und umgekehrt [44].

Die Mitwirkung des Bürgers am Zustandekommen eines Verwaltungsaktes und die Mitwirkung einer Partei beim Abschluß eines Vertrages sind aber von unterschiedlicher, rechtlicher Bedeutung, was sich in den unterschiedlichen Rechtsfolgen niederschlägt, die ihr Fehlen für die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit einer Regelung haben kann. Es lassen sich folgende Unterscheidungen treffen:

1) Die "Mitwirkung" des Bürgers besteht in einer rein tatsächlichen Einflußnahme, etwa auf eine Ermessungsbetätigung [45] oder auf die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe [46]. Ihr Fehlen hat auf Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der getroffenen Regelung keinen Einfluß.
2) Die Mitwirkung des Bürgers besteht in der Stellung eines Antrages oder der Abgabe einer sonstigen Einwilligungs- oder Genehmigungserklärung (mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt)[47].

---

43) So von Bullinger, S. 35, 245 ff.; Pieper, DVBl 1967, 11 ff..

44) Imboden, S. 128 ff., deutet z.B. die Beamteneinstellung als Vertrag; s.a. Rüfner, S. 336 ff., der den Vertragsbegriff stark zu Lasten der mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakte ausdehnt.

45) Vgl. dazu Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 250; Dombrowski, S. 63.

46) Vgl. dazu Haueisen, DVBl 1961, 837, der hier von Vertragshandel spricht.

47) Diese Bezeichnung wählen z.B. Forsthoff, § 11; Wolff § 48; O. Mayer, S. 98 : Verwaltungsakt auf Unterwerfung; Jellinek, S.249 : zweiseitiger Verwaltungsakt.

Folge des Fehlens des Mitwirkungsaktes ist

a) bei rechtsfolgebegründender Mitwirkung [48]: Rechtswidrigkeit und schwebende Wirksamkeit der Regelung[49];

b) bei rechtsfolgebedingender Mitwirkung [5o]: Rechtswidrigkeit und schwebende Unwirksamkeit der Regelung [51].

Nur dieser letzte Fall weist eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Fehlen eines Vertragsangebotes bzw. einer Vertragsannahme auf. Fehlt ein Vertragsangebot oder eine Vertragsannahme, dann kommt eine Regelung nicht zustande. Man könnte daher zu der Auffassung gelangen, daß ein Mitwirkungsakt, dessen Fehlen zur Unwirksamkeit eines Verwaltungsaktes führt, der behördlichen Maßnahme gleichwertig ist so wie vertragliche Willenserklärungen gleichwertig sind.

---

48) In der Terminologie H.J. Wolffs, LB § 48 III: Verwaltungsakt auf Unterwerfung.

49) Diese Rechtsfolge tritt nach h.M. dann ein, wenn die Behörde in ihrem Handeln grundsätzlich ihrer eigenen Initiative folgt und eine Mitwirkung des Betroffenen nur unter besonderen Umständen stattzufinden hat: vgl. Forsthoff, § 11, 4 mwN.; BVerwG E 23, 237; nach Wolff dann, wenn der Typus eines Verwaltungsaktes auf Unterwerfung vorliegt: § 48 III. Allerdings ist seine Formulierung, die Mitwirkung sei nicht lediglich rechtsfolgebedingend, sondern rechtsfolgebegründend, irreführend, da zwischen beiden Tatbestandsmomenten nicht ein Plus-Minus-Verhältnis, sondern ein Aliud-Verhältnis besteht. Aus diesem Grunde unzutreffend: BVerwG NJW 1969, 809.

5o) Nach Wolff, § 48 II: zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt. Das Fehlen des Mitwirkungsaktes führt lt. Wolff allerdings nicht zur Rechtswidrigkeit. M.E. ist aber z.B. eine Entlassung aus dem Beamtenverhältnis gem. § 3o BBG rechtswidrig, wenn ein Antrag nicht vorliegt, nach Wolff, § 113 I a) 3., wäre sie, da zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt, rechtmäßig, obwohl ein Verstoß gegen § 3o BBG vorliegt.

51) Diese Rechtsfolge tritt nach h.M. dann ein, wenn das Verwaltungshandeln auf dem einschlägigen Gebiet grundsätzlich von der Mitwirkung des Betroffenen abhängig gemacht ist: s. Nachweise unter Fußn. 49).

Damit würde aber der folgende, wesentliche Unterschied übersehen: Mit Hilfe des Mitwirkungsaktes kann der Bürger zwar auf Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes Einfluß nehmen, nicht aber auf seinen Inhalt; demgegenüber unterliegt der Inhalt eines Vertrages dem Willen beider Vertragspartner gleichermaßen, denn diese legen den Inhalt des Vertrages gemeinsam fest [52]. Anders ausgedrückt: Das "Ob" eines Verwaltungsaktes kann von der Mitwirkung des Bürgers abhängig sein, nicht aber das "Wie" der Regelung; beim Vertrag entscheiden die Beteiligten nicht nur über das "Ob", sondern auch über das "Wie" [53], wobei nicht erforderlich ist, daß beide Parteien tatsächlich auf die inhaltliche Ausgestaltung Einfluß genommen haben [54]. Es genügt, daß ihnen die Möglichkeit dazu offenstand [55]. Daraus ergibt sich, daß nur der Vertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinne ist - denn nur hier ist die Mitwirkung beider Parteien von gleichem, rechtlichen Gewicht (konkrete Koordination der Partner) und weiter, daß es zweiseitige Verwaltungsakte nicht gibt [56], denn auch bei mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakten liegt das rechtliche Schwergewicht in der Erklärung der Behörde (konkrete Subordination). Die Mitwirkungshandlung des Bürgers ist hier

---

52) Vgl. Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 249 f.; Dombrowski, S. 64 f.; Eyermann-Fröhler, § 4o, Rdn. 9; Ipsen, S. 7o; Janknecht, S. 72; Kottke, S. 19 f.; Peters, S. 154; Stern, AöR 84 (1959), 276 ff.; Wolff, § 44 II b 2, § 48 IV; OVG Münster, DÖV 1967, 271.

53) Kottke, S. 2o.

54) Vgl. im Zivilrecht die Verträge, deren inhaltliche Ausgestaltung sich vollständig nach allgemeinen Geschäftsbedingungen richtet, wobei sogar von Geschäftsbedingungen auf Unterwerfung die Rede ist.

55) A.A. Imboden, S. 54; die Möglichkeit, den Vertragsinhalt freizugestalten, kann fehlen. Dagegen mit Recht Janknecht, S. 72.

56) S. Forsthoff, S. 2o6; Huber, S. 58; Wolff, § 48 IV.

nur eine Voraussetzung für Rechtmäßigkeit bzw. Wirksamkeit der behördlichen Maßnahme [57]. Entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung von Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichem Vertrag ist demnach nicht, ob die Parteien gleichen Einfluß auf die Gültigkeit einer Regelung haben, sondern ob sie insofern gleichgeordnet sind, als der Inhalt der Regelung gleichermaßen von ihrem Willen abhängig ist.

(Z) Eine dieser Abgrenzung dienende Definition des Vertrages müßte dann folgendermaßen lauten:
Der Vertrag ist die erklärte Willensübereinstimmung sich gegenüberstehender Parteien über die Herbeiführung eines einheitlichen Rechtserfolges, wobei der Inhalt der Regelung gleichermaßen von ihrem Willen abhängig ist.

Ob im Einzelfall eine getroffene Regelung als Vertrag oder als Verwaltungsakt zu charakterisieren ist, muß durch Auslegung des Begründungsaktes festgestellt werden, wobei der Wille der Beteiligten zu ermitteln ist. In zweifelhaften Fällen können bestimmte Umstände als Indiz herangezogen werden.

Salzwedel [58] knüpft an die der Regelung zugrunde liegende Interessenlage an. Eine Regelung durch Vertrag liegt nämlich überall dort nahe, wo der zu regelnde Sachverhalt atypisch [59] ist und eine "individuelle Regelung" [6o] geboten erscheint. Eine atypische Interessen-

57) Vgl. Peters, S.154; Wolff, § 44 II b 2.

58) Salzwedel,44 ff.

59) Salzwedel,S.44; zustimmend Kottke, S.21; ablehnend Bullinger, S.36, der aber übersieht, daß Salzwedel die Interessenlage nicht als das allein entscheidende Kriterium für die Abgrenzung verstanden wissen will, sondern sie ausdrücklich nur als Indikationsmittel bezeichnet.

6o) Vgl.OVG Lüneburg, NJW 1957, 76.

lage besteht z.B. dann, wenn ein Sachverhalt in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht streitig ist - nach Salzwedel besteht dann eine vertragsfordernde Vergleichslage [61] - oder Leistungen ausgetauscht werden sollen, weil die Behörde nicht die Möglichkeit hat oder sich scheut, die Leistung des Bürgers durch einseitige Ausübung hoheitlicher Gewalt zu verlangen - nach Salzwedel besteht eine vertragsfordernde Austauschlage[62].

Umgekehrt läßt eine typische Interessenlage, die normativ erfaßt ist, und zu deren Regelung der Behörde die Möglichkeit des Handelns durch Verwaltungsakt eingeräumt ist, darauf schließen, daß die Behörde von dieser Möglichkeit Gebrauch macht[63]. Es besteht hier eine allgemeine Vermutung für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes [64].

Ein weiteres Indiz läßt sich mit Ipsen [65] aus der Faktizität des Begründungsvorganges und seiner soziologischen Struktur herleiten. Hat zwischen den Parteien ein "Vertragshandel" stattgefunden, und haben die Beteiligten faktisch Einfluß auf die Gestaltung der Regelung gehabt, dann kann daraus auf den Willen der Beteiligten geschlossen werden, den Inhalt der getroffenen Regelung auf dem beiderseitigen Einvernehmen

---

61) Salzwedel, S. 45.

62) Salzwedel, ebenda.

63) Vgl. Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 25o; Fleiner, S. 6o; vgl. auch BGHZ 4, 266 (268) = NJW 1962, 466.

64) Vgl. Beinhardt, ebenda.

65) Ipsen, S. 7o; zustimmend Beinhardt, aaO. S.249 f.; Dombrowski, S 64; ablehnend Bullinger, S. 34; gegen diesen zu Recht Schulze, S. 42; Dombrowski,S. 63.

basieren zu lassen [66]. Allgemein wird man sagen können, daß die Wahrscheinlichkeit einer vertraglichen Regelung umso größer ist, je stärker die Beteiligten bei der Entstehung des Rechtsverhältnisses mitgewirkt haben [67].

(Z) Im Ergebnis kann festgestellt werden, daß eine Abgrenzung von Verwaltungsakt und Vertrag nach der obigen Definition des Vertragsbegriffes zwar möglich ist, in problematischen Fällen aber auf Indikationsmittel zurückgegriffen werden muß. Aus diesem Grunde und weil der Vertrag nicht einmal in seinem Heimatgebiet, dem Privatrecht, eine Legaldefinition gefunden hat, die Schwierigkeiten der Abgrenzung auch nicht durch den Vertrag, sondern durch besondere Formen von Verwaltungsakten hervorgerufen werden, kann auf eine Legaldefinition des Vertrages durch ein Verwaltungsverfahrensgesetz verzichtet werden.

4) Die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen

Eine Abgrenzung zum privatrechtlichen Vertrag ist einmal von Bedeutung für die Frage, ob bei Klagen aus einem Vertrage der Zivilrechtsweg gem. § 13 GVG oder der Verwaltungsrechtsweg gem. § 4o Abs.1 VwGO gegeben ist [68]. Wegen des für beide Rechtswege

---

66) Unrichtig wäre es, mit wachsender Intensität der Mitwirkung ein Übergehen vom Verwaltungsakt zum Vertrag anzunehmen: so aber Dombrowski, S. 63. Die Beteiligung des Bürgers am Vertrag oder am Verwaltungsakt sind q u a l i t a t i v unterschiedlich.

67) Vgl. Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 25o; Dombrowski, S. 65; Imboden, S. 45.

68) Vgl. Menger, VerwArch 52 (1961), 99 unter Hinweis auf Rupp, AöR 85 (196o), 152 ff.; dazu, daß auch bei Klagen aus örV der Zivilrechtsweg gegeben sein kann, s. Menger-Erichsen, VerwArch 56 (1965), 178 ff. zu BGHZ 43, 34.

gleichermaßen eingeräumten Rechtsschutzes und der in ausreichendem Maße gewährten Möglichkeit der Verweisung von einem Rechtsweg auf den anderen könnte hier noch auf eine Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages verzichtet werden [69]. Entscheidende Bedeutung [70] erlangt das Abgrenzungsproblem aber deshalb, weil - nicht zuletzt dem Entwurf zufolge - privatrechtliche Verträge und öffentlich-rechtliche Verträge sich in ihren Wirksamkeitsvoraussetzungen unterscheiden, und daher die Gefahr besteht, daß ein fehlerhafter öffentlich-rechtlicher Vertrag als privatrechtlicher ausgegeben wird, um seine Rechtsbeständigkeit zu retten [71].

Will man öffentlich-rechtliche Verträge und privatrechtliche Verträge gegeneinander abgrenzen, dann wird gleichzeitig die allgemeine und höchst umstrittene Frage der Grenzziehung zwischen öffentlichem und privatem Recht überhaupt angesprochen, denn notwendigerweise muß die Grenze, die öffentlich-rechtliche von privatrechtlichen Verträgen scheidet, dieselbe sein, die

---

69) Vgl. Bullinger, S. 40; Imboden, S. 121.

70) So auch Bullinger, ebenda; Einzelbegründung E 63, S. 188.

71) Auch hier ist das Abgrenzungsproblem zweitrangig, wenn man sich darum bemüht, einheitliche Rechtsmaßstäbe für die öffentliche Verwaltung zu finden, gleichgültig, welcher Rechtsformen sie sich bedient. Vgl. Maunz-Dürig, Art.1 III Rdn. 135, Art. 19 IV Rdn. 19 bb; Henze, S. 50 ff.; Ipsen, S. 19 ff.; Siebert, S. 222 ff.. In der Konsequenz würden auch die verwaltungsprivatrechtlichen Verträge einem einheitlichen Verwaltungsrecht unterstellt. So Rupp, Jus 1961, 61. Vgl. Rüfner, S. 369 ff., Fußn. 100 mwN.

das öffentliche Recht vom Privatrecht trennt [72]. In der Vergangenheit sind zahlreiche, beinahe zahllose Theorien [73] zur allgemeinen Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht aufgestellt worden, von denen die meisten heute als unhaltbar oder als durch die Ausdehnung des öffentlichen Rechts überholt angesehen werden müssen [74]. Im wesentlichen werden heute nur noch drei Theorien vertreten - die Interessentheorie, die Subjektionstheorie und die Sonderrechtstheorie - die im folgenden in ihrer Anwendungsmöglichkeit auf das hier anstehende Abgrenzungsproblem untersucht werden sollen. Die vielfältigen Kombinationsversuche zwischen diesen Theorien müssen dabei außer Acht gelassen werden.

aa) Abgrenzung nach der Interessentheorie

Die in jüngster Zeit wiederholt aufgegriffene Interessentheorie [75] findet ihren Ausgangspunkt in der bekannten Stelle bei Ulpian [76]: "Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem." Danach sollen Rechtsverhältnisse, die überwiegend den Interessen des Einzelnen dienen,

---

72) S. Apelt, S. 12o; Janknecht, S. 76; Kottke, S. 1o; Salzwedel, S. 81; Schulze, S. 53.

73) Holliger, S. 11, erwähnt 17 Theorien, von Haller, WüZtRpfl Vw 1929, 81 ff. sogar 27 Theorien.

74) Vgl. dazu Wolff, § 22 II a.

75) Vgl. BVerwG, NJW 1958, 2128; DÖV 1959, 7o6; NJW 1962, 17o = DVBl 1962, 134; NJW 1968, 2o23; VG Saarlouis, NJW 1968, 2395; Apelt, AöR 84 (1959), 253 unter Bezug auf Apelt, S. 129 ff.; Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 245; Böhmer, S. 167; Eyermann-Fröhler, § 4o A I 2 a; Ipsen, S. 2o, 64 f.; Reiner Schmidt, NJW 1969, 616.

76) Dig. I 1.1 § 2.

privatrechtlich sein [77].
Dagegen ist zunächst einzuwenden, daß alles Recht der Ordnung menschlichen Zusammenlebens und damit dem öffentlichen Interesse dient, auch das Privatrecht. Ebenso gilt alles Recht, auch das öffentliche, für Individuen und letztlich in deren Interesse [78].

Um diesem Einwand zu entgehen, haben in jüngerer Zeit vor allem Ipsen [79] und Beinhardt [8o] zwischen mittelbarem und unmittelbarem öffentlichem Interesse an einer Regelung differenziert. Eine öffentlich-rechtliche Regelung soll dann vorliegen, wenn der primäre Zweck, den ein Hoheitsträger verfolgt, die unmittelbare Verwirklichung des Gemeinwohls ist [81].

Die Bedenken gegen diese Auffassung richten sich einmal gegen ihre Praktikabilität. Bei dem Unmittelbarkeitskriterium handelt es sich um ein sehr schwer zu konkretisierendes Unterscheidungsmerkmal [82]. Die Ansichten darüber, was dem öffentlichen Interesse dient, können sehr verschieden sein [83] und oft ist schwer festzustellen, welchen Zweck eine Regelung in erster Linie verfolgt [84]. Zum anderen steht fest, daß sich

---

77) Früher hauptsächlich vertreten von v. Savigny, S. 22 ff.; v. Ihering, § 61.

78) Vgl. Becker, VVdStRL 14, 1o9; Menger, VerwArch 53 (1962), 279; Wolff, § 22 II a 6.

79) Ipsen, S. 19 f., 64 f., allerdings nur zur Differenzierung zwischen hoheitlicher und fiskalischer Verwaltung.

8o) Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 244 ff.

81) So Beinhardt, ebenda.

82) Vgl. Menger, ebenda; Ruck, S. 37, Fußn. 71.

83) Germann, S. 199. Zu den vielfältigen Ausprägungen, die der Begriff des öffentlichen Interesses erfahren hat, neuerdings Klein, S. 1 ff.

84) Molitor, S. 3o.

die Verwaltung zur unmittelbaren Verfolgung öffentlicher Belange privatrechtlicher Gestaltungsformen bedienen kann [85] (öffentliche Verwaltung im Bereich des Verwaltungsprivatrechts [86]). Auch kann an konkreten privatrechtlichen Gestaltungen ebenso ein vorrangiges öffentliches Interesse bestehen wie umgekehrt ein privates an öffentlich-rechtlichen Maßnahmen [87].

Die Schwierigkeiten, denen sich die Interessentheorie gegenübergestellt sieht, werden auch dann kaum geringer, wenn man wie Nawiasky nicht darauf abstellt, ob das betroffene Rechtsverhältnis vorwiegend öffentlichen Interessen dient, sondern darauf, ob die auf das Rechtsverhältnis zur Anwendung gelangenden Rechtsnormen den Interessen der Allgemeinheit einen höheren Wert als denen des Einzelnen zuerkennen [88]. Zwar lassen sich dadurch die unrichtigen Ergebnisse, die eine Anwendung der Interessentheorie im Bereich des Verwaltungsprivatrechts mitsichbringt, vermeiden, jedoch darf nicht übersehen werden, daß auch das öffentliche Recht Institute kennt, die primär den Interessen Einzelner dienen wie z.B. der Folgenbeseitigungsanspruch oder die subjektiven öffentlichen Rechte überhaupt [89]. Umgekehrt gibt es Vorschriften des Zivilrechts wie z.B. § 134 BGB, die auf die Wahrung öffentlicher Belange abzielen. In der praktischen Anwendung stößt diese modifizierte Interessentheorie auf Schwierigkeiten, wenn sich erst aus der Beantwortung der Frage, ob ein öffentlich-rechtliches oder ein privatrechtliches Verhältnis vorliegt, ergibt, welche Rechtsnormen anzuwenden sind. [90]

---

85) Siebert, S. 219, unter Hinweis auf privatrechtliche Formen der Anstaltsbenutzung und Tatbestände, auf die die Zweistufentheorie angewandt wird; Forsthoff, S.7o; Salzwedel, S.86.

86) Vgl. Wolff, § 23 II b 3.

87) Wolff, § 22 II a 6.

88) Nawiasky, S. 287 f., 294 ff.; Eyermann-Fröhler, § 4o A I 2 a.

89) Vgl. Molitor, S. 3o; Zuleeg, S. 3o.

9o) Vgl. Zuleeg, S. 31.

Im Bereich öffentlich-rechtlicher Verträge ergibt sich gegen die Interessentheorie noch ein besonderes Bedenken. Verträge, die die Behörde einseitig verpflichten[91], dienen, jedenfalls unmittelbar, den Interessen der einzelnen Zivilpersonen. Gegenseitig verpflichtende Verträge können sowohl den Interessen der Allgemeinheit als auch den Interessen des Einzelnen dienen, und da beide Vertragsparteien bemüht sein werden, ein "gutes Geschäft" zu machen, kommt es auf den Standpunkt des Betrachters an, wenn festgestellt werden soll, wessen Interessen überwiegend wahrgenommen werden sollten[92].

Zur Vermeidung dieser Schwierigkeit will Reiner Schmidt [93] einen öffentlich-rechtlichen Vertrag nur dann annehmen, wenn beide Parteien öffentliche Interessen verfolgen. Aber abgesehen davon, daß eine solche Interessenlage zwar in den meisten Fällen koordinationsrechtlicher Verträge, aber nur in wenigen Fällen subordinationsrechtlicher Verträge gegeben sein wird, ist damit nicht der Einwand aus der Welt geschafft, daß unmittelbare öffentliche Interessen auch im Wege privatrechtlicher Gestaltungsformen verfolgt werden können, ja, daß das öffentliche Interesse gerade dahin gehen kann, einen Sachverhalt mit privatrechtlichen Handlungsformen zu regeln.

Es steht daher fest, daß die Interessentheorie auch in modifizierter Form kein zwingendes Abgrenzungs-

---

91) Zur Möglichkeit solcher Verträge Pieper, DVBl 1967, 13.

92) Ein Beispiel für die Unzulänglichkeit der Interessentheorie bieten hier die Baudispensverträge. Erhält der Bauherr Dispens von den Vorschriften über den Bauwich gegen die Verpflichtung, die Giebelwand zum Nachbargrundstück in bestimmter Weise zu gestalten, dann dient diese Verpflichtung unmittelbar den Interessen des Nachbarn, der Dispens unmittelbar den Interessen des Bauherrn, und dennoch liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor. Vgl. Schulze, S. 60.

93) Schmidt, NJW 1969, 616 f.

kriterium im Sinne einer notwendigen und hinlänglichen Bedingung für das Vorliegen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zu bieten vermag [94], sondern höchstens ein Indiz.

bb) Abgrenzung nach der Subjektionstheorie

Nach der reinen Subjektionstheorie soll es bei der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht darauf ankommen, wie sich die Personen, zwischen denen eine bestimmte sachliche Beziehung besteht, einander gegenüberstehen. Die Beziehung einander gegenübertretender Personen sollen dem öffentlichen Recht angehören, wenn zwischen ihnen ein Über- Unterordnungsverhältnis (Subordination) besteht, dem Privatrecht, wenn zwischen ihnen ein Verhältnis der Gleichordnung (Koordination) besteht [95].

Diese Abgrenzung stößt schon im Grundsätzlichen auf Bedenken. Rechtliche Über- Unterordnungsverhältnisse gibt es auch im Privatrecht, so z.B. Kindschaftsverhältnisse und Arbeitsverhältnisse. Andererseits kennt auch das öffentliche Recht Gleichordnungsverhältnisse wie das Verhältnis zwischen zwei Gemeinden als Körperschaften des öffentlichen Rechts [96].

Bei der Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen versagt das Kriterium der Über- Unterordnung schon wegen der dem Vertrage innewohnenden rechtlichen Gleichordnung der Vertragspartner

---

94) Sie wird daher von der h.M. abgelehnt: vgl. Bullinger, S. 37; Forsthoff, S. 108; Mestmäcker, NJW 1969, 1; Molitor, S. 30; Larenz, AT, § 1 I a; Salzwedel, S.86; Siebert, S. 219; Wolff, § 22 II a6; BVerfGE 7,342 (355); BGHZ 36, 155; BVerwGE 7,264; OVG Lüneburg DÖV 1968, 803.

95) Vertreten u.a. von Baumbach-Lauterbach, § 13 GVG, B 3; Eyermann-Fröhler § 40 Rdn. 3; Fleiner, S.51; Forsthoff, S.100; Redeker-von Oertzen, § 40, 5; RGZ 93, 255 (258); 166, 218 (226); BGHZ 14,222;(226).

die ein Essentiale des Vertrages ist [97]. Die Unzulänglichkeit der Subjektionstheorie tritt mit besonderer Deutlichkeit bei den koordinationsrechtlichen Verträgen hervor, die zwischen zwei gleichgeordneten Hoheitsträgern oder auch zwischen zwei Zivilpersonen [98] auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts geschlossen werden, da sich hier die Vertragspartner nicht nur innerhalb des Vertragsverhältnisses, sondern auch außerhalb desselben gleichgeordnet gegenüberstehen. Nach allgemeiner Ansicht ist die Subjektionstheorie in der obendargestellten reinen Form daher nicht geeignet, öffentlich-rechtliche von privatrechtlichen Verträgen abzugrenzen [99].

Aus diesem Grunde sahen sich Literatur und Rechtsprechung [100] - letztere in Anschluß an Forsthoff [101] und Siebert [102] - veranlaßt, auf den durch alle Umstände des Einzelfalles geprägten Vertragsgegenstand abzustellen.

---

96) Vgl. Klinger, § 4o B I; Rupp, DVBl 1958, 113 ff.; Wolff, § 22 II a 7 und AöR 75 (1949/51), 2o5 f.;

97) Vgl. dazu oben S. 1o ff. Das ist nicht nur in der Regel so, wie das OVG Lüneburg, DÖV 1968, 8o3 f. annimmt.

98) Zur Möglichkeit solcher Verträge vgl.: Einzelbegründung E 63, S. 199; Eyermann-Fröhler, § 4o Rdn.9; Forsthoff, S. 244; Klinger, § 4o B I; Redeker-von Oertzen, § 4o Rdn. 8; BGHZ 35, 175 (177).

99) Vgl. Apelt, AöR 84 (1959), 269; Beinhardt, VerwArch 55 (1964) 222; Forsthoff, S. 1o8; Klinger, § 4o B I; Larenz, AT §.1 I a; Schulze, S. 56; Wolff, § 22 II a 7.

1oo) Vgl. BGHZ 32 214; 35, 69; 43, 34; BVerwG NJW 1966, 219; DVBl 1967, 4o; DVBl 1968, 797; OVG Münster, E 12, 177 (178); OVG Lüneburg, DÖV 1968, 8o3; OVG Saarlouis, JZ 1961, 673; VG Saarlouis, NJW 1968, 2395.

1o1) Forsthoff, LB, 1.Aufl. 195o, S.212; vgl. auch Peters, S. 154.

1o2) Soergel-Siebert, Einleitung Anm. 89.

Auf dieser Grundlage aufbauend hat Salzwedel [103] versucht, die wohl im übrigen noch herrschende Subjektionstheorie in abgewandelter Form für die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag fruchtbar zu machen. Auf eine einfachere Formel gebracht läßt sich seine Lösung dahin zusammenfassen, daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag immer dann vorliegt, wenn sein Gegenstand hoheitlichen oder hoheitsbezogenen Charakter hat, da dann Gegenstand des Vertrages die Regelung abstrakter (d.h. außerhalb des Vertrages liegender) Über- Unterordnungsverhältnisse ist, die Wesensmerkmal des öffentlichen Rechts sind.

Bedenken gegen diese erweiterte Subjektionstheorie ergeben sich schon aus der Methode, die Salzwedel bei ihrer Aufstellung anwendet. Er erarbeitet sie, wie er sagt, indem er die strenge Subjektionstheorie richtig anwende und, soweit öffentlich-rechtliche Verträge dabei noch nicht erfaßt seien, das Kriterium der Über-Unterordnung begrifflich erweitere, bis die wirkliche Grenzlinie zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag gefunden sei [104]. Warum aber die von ihm so festgelegte Grenzlinie die wirkliche Grenzlinie ist, und eine weitere Ausdehnung des Über- Unterordnungskriteriums unzulässig ist, sagt Salzwedel nicht. Es ist daher zu vermuten, daß Salzwedel diese Grenze dort zieht, wo eine weitere Ausdehnung zu als unsachgemäß empfundenen Ergebnissen führen würde [105].

Ein weiteres methodisches Bedenken ergibt sich daraus, daß Salzwedel, obgleich er dem Gestaltungsprinzip der Koordination (der Vertragspartner) nicht die entscheidende Bedeutung für die Zuordnung zum öffentlichen Recht oder zum privaten Recht zuerkennt, sondern auf den

---

103) Salzwedel, S. 9o ff.

104) Salzwedel, ebenda.

105) So auch Janknecht, S. 75 f.

von dieser äußeren Gestaltung losgelösten Gegenstand des Vertrages abstellt, dann doch zur Qualifikation dieses Gegenstandes auf das gegensätzliche, ebenfalls inhaltsindifferente Gestaltungsprinzip der Subordination zurückgreift [106].

Die erweiterte Subjektionstheorie ist aber schon in ihrem Ausgangspunkt unzutreffend. Sie geht von der bereits oben zurückgewiesenen Ansicht aus, daß das Kriterium der Über- Unterordnung das öffentliche vom privaten Recht dem eigentlichsten Wesen beider Rechtsbereiche nach scheidet [107]. Wie sich gerade am Beispiel des öffentlich-rechtlichen Vertrages zeigt, ist ein Über- Unterordnungsverhältnis nur eine mögliche Folge, nicht aber die einzig mögliche Folge der Anwendung öffentlichen Rechts und daher auch dem öffentlichen Recht nicht wesensimmanent [108].

In der praktischen Anwendung stößt die Subjektionstheorie ebenfalls auf Schwierigkeiten. Indem sich die Verwaltungsbereiche des Staates ausdehnen, und neben die Wahrnehmung obrigkeitlicher Funktionen zunehmend solche der Daseinsvorsorge treten, in der Über- Unterordnungsverhältnisse nicht durch Befehl und ausgeübten Zwang gekennzeichnet sind, wird die Anwendung des Subordinationsgedankens zunehmend problematischer [109].

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß die Subjektionstheorie auch in ihrer erweiterten Form nicht in der Lage ist, öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Verträge logisch einwandfrei gegeneinander abzugrenzen.

---

106) So Rupp, Jus 1961, 60.

107) So Salzwedel, S. 90; vgl. auch Forsthoff, S. 107.

108) Vgl. dazu Wolff, § 22 II a 7; Stern, AöR 84 (19), 316.

109) Vgl. Menger, VerwArch 49 (1958), 276; Rupp, Jus 1961 60; Spanner, DÖV, 1963, 29; ablehnend auch Apelt, AöR 84 (1959), 269; Bullinger, S. 38; Janknecht, S. 74 ff.

110) So wohl auch Menger-Erichsen, VerwArch 56(1965), 280.

Sie vermag nicht vollständig alle stets unabdingbaren Voraussetzungen für das Vorliegen von öffentlichem Recht anzugeben. In einer Reihe von Fällen bleibt die erweiterte Subjektionstheorie aber immerhin von partiellem Abgrenzungswert [110]

cc) Abgrenzung nach der Sonderrechtstheorie

(1) Allgemeine Darstellung

Nach H.J. Wolff [111] liegt der wesentliche Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht in einer Verschiedenheit der die Rechtsordnung bildenden Rechtssätze, und zwar in einer Verschiedenheit der Zuordnungsobjekte, d.h. derjenigen Objekte, denen Rechte und Pflichten zugeordnet sind. Dem öffentlichen Recht sollen jedoch nicht alle Rechtssätze angehören, deren Zuordnungssubjekt der Staat oder irgendein anderer Träger hoheitlicher Gewalt ist [112]. Auch die Träger hoheitlicher Gewalt sollen insoweit Subjekte des Privatrechts sein, als sie sich derselben Rechtssätze bedienen, die für alle Rechtspersonen gelten, oder Tatbestände verwirklichen, die von jedermann ebenso verwirklicht werden können. Insoweit sie sich jedoch eines nur ihnen eingeräumten oder auferlegten Sonderrechts bedienen oder Tatbestände verwirklichen, die so nur von Trägern oder anderen Subjekten hoheitlicher Gewalt verwirklicht werden können, sollen sie Subjekte des öffentlichen Rechts sein.

---

111) AöR 76, 2o5 ff.; DVBl 1961, 2o8; LB § 22 II c.

112) So die ältere Subjektstheorie. Vgl. Richter, AöR 8 (1925), 3 ff.; weitere Nachweise bei Schulze, S. 58 Fußn. 2.
Nach der neueren Subjektstheorie soll es darauf ankommen, ob der Träger hoheitlicher Gewalt als solcher, in dieser seiner Eigenschaft, gehandelt hat: vgl. Enneccerus-Nipperdey, S. 138, 14o. Das soll mit Hilfe der Definition gerade festgestellt werden.

Träger hoheitlicher Gewalt ist nach H.J. Wolff ein Staat oder ein Subjekt, das durch Staatsakt zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer über individuelle Beziehungen hinausgehenden Personenvielheit verpflichtet ist.

"Öffentlich-rechtlich sind demzufolge Pflichten, Rechte, Ansprüche und Rechtsverhältnisse, die sich aus einem Rechtssatz ergeben, der nicht jedermann (potentiell oder aktuell) verpflichtet und berechtigt, sondern notwendig nur einen Staat oder ein Subjekt verpflichtet oder (!) berechtigt, das durch Staatsakt zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer über individuelle Beziehungen hinausgehenden Personenvielheit verpflichtet ist." [112a)]

Diese Definition hat viel Beifall [113)], aber auch Kritik [114)] gefunden. So wird gegen die Sonderrechtstheorie eingewandt, daß es Normen gebe, die sowohl im Privatrecht als auch im öffentlichen Recht Anwendung fänden wie z.B. die Vorschriften über Verwahrung oder Geschäftsführung ohne Auftrag [115)]. Dieser Einwand kann sich aber lediglich gegen die Praktikabilität der Sonderrechtstheorie, nicht aber gegen ihre Richtigkeit wenden. Werden nämlich Vorschriften aus einem Rechtsgebiet in einem anderen Gebiet analog angewandt, so entstehen neue Rechtssätze, die in dieses andere Gebiet integriert werden. Demgemäß sind die aus dem

---

112a) Wolff, LB § 22 II c.

113) Zustimmend: Janknecht, S. 81; Jentsch, DÖV 1956, 299; Klinger, § 4o B I 1; Menger, VerwArch 49 (1958), 276; 5o (1959) 198; Menger-Erichsen, VerwArch 59 (1968), 379; Rupp, DVBl 1958, 114 f. und Jus 1961, 6o; Schoen, DÖV 1955, 139; Schulze, S. 59 f.; Stern, AöR 84 (1959), 313 f.; Terrahe, S. 31 f.; Ule, Verwaltungsprozeßrecht § 8 II; neuerdings Kreienschulte, S. 78 f; Simons, S. 29ff.

114) Vor allem bei Bettermann, DVBl 1958, 867; Zuleeg, S. 33 f.

115) So Zuleeg, S. 33.

bürgerlichen Recht in das öffentliche Recht übernommenen Vorschriften über Verwahrung und Geschäftsführung ohne Auftrag Rechtssätze des öffentlichen Rechts und damit Sonderrechtssätze [116].

Weiter wird vorgebracht, daß der Staat auch Sonderrechte privatrechtlicher Natur habe wie z.B. Aneignungsrechte gem. § 928 II BGB und § 7 II SchiffsrechteG, das Erbrecht nach § 1942 II BGB oder Rechte aus den Tarifverträgen des öffentlichen Rechts [117]. Hierbei handelt es sich aber nicht um Sonderrechte im Sinne der Sonderrechtstheorie, denn sie haben nicht mit Rücksicht darauf, daß ihr Träger Subjekt des öffentlichen Rechts ist, eine von dem für jedermann verbindlichen Recht völlig abweichende objektivrechtliche Ausprägung erfahren [118]. Auch mehren sich die Stimmen, die bisher für fiskalisch gehaltene Sonderrechte wie z.B. das gemeindliche Vorkaufsrecht nach §§ 24 ff. BBauG dem öffentlichen Recht zuordnen wollen [119]. Soweit man hier überhaupt von Sonderrechten reden will, sind sie doch offensichtlich dem Staat als Fiskus zugeordnet [12o].

Das hauptsächliche Bedenken gegen die Sonderrechtstheorie ist aber praktischer Art. Ihre Anwendung setzt nämlich voraus, daß der Rechtssatz, aus dem sich das Rechtsverhältnis ergibt, feststeht. Welche Rechtssätze auf ein Rechtsverhältnis anzuwenden sind, wird aber oft gerade danach beurteilt, ob das Rechtsverhältnis

---

116) Vgl. Janknecht, S. 79; Kreienschulte, S. 81; Wolff, § 22 II c.

117) So Bettermann, DVBl 1958, 867; Zuleeg, S. 33.

118) Menger, VerwArch 5o (1959), 198; Simons, S. 33 f.

119) Vgl. Menger-Erichsen, VerwArch 59, (1968), 377 ff. mwN. Fußn. 41.

12o) So Wolff, § 22 II c.

dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuschlagen ist [121]. In weiten Gebieten des öffentlichen Rechts, so vor allem in der Leistungsverwaltung, fehlt der maßgebliche Anknüpfungspunkt einer hinlänglich konkreten Norm [122].

In der Tat bereitet die Anwendung der Sonderrechtstheorie in solchen Fällen Schwierigkeiten, die indes nicht geeignet sind, die Sonderrechtstheorie zu entkräften. Denn auch wenn man den Weg einschlägt, ein Rechtsverhältnis erst zu qualifizieren, um so die anzuwendenden Rechtssätze leichter auffinden zu können, statt den Sachverhalt erst einem Rechtssatz zu subsumieren und anhand des Rechtssatzes die Qualifikation des Rechtsverhältnisses vorzunehmen [123], bleibt es dabei, daß auch die dann angewandten Rechtssätze Sonderrechtssätze sind.

Im Gegensatz zu anderen Theorien scheint die Sonderrechtstheorie daher noch am ehesten eine Definition in dem Sinne geben zu können, daß immer dann und nur dann, wenn die von ihr aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind, öffentliches Recht vorliegt, mag ihre praktische Anwendung auch im Einzelfall auf Schwierigkeiten stoßen.

(2) Die Anwendung im besonderen

Inkorporiert man den Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages der Wolff'schen Definition des öffentlichen Rechts [124], dann käme man zu folgender Definition: Öffentlich-rechtlich ist ein Vertrag, der sich aus einem Rechtssatz ergibt, der nicht jedermann (potentiell oder aktuell) verpflichtet und berechtigt, sondern notwendig nur einen Staat oder ein Subjekt verpflichtet oder (!) berechtigt, daß durch Staatsakt zur Wahrnehmung

---

121) So Bachof, AöR 83 (1958), 228; Zuleeg, S. 33.
122) Vgl. Beinhardt, VerwArch 55 (1964),244;Bullinger, S.38; Rupp, Jus 1961, 60; Zuleeg, S. 33.

gemeinsamer Angelegenheiten einer über individuelle Beziehungen hinausgehenden Personenvielheit verpflichtet ist.

Diese Definition ist hinsichtlich der Passage "Vertrag, der sich aus einem Rechtssatz ergibt" verschiedenen Lesarten zugänglich. Einmal könnte man sie so verstehen, daß der Abschluß des Vertrages in einem Sonderrechtssatz vorgesehen sein muß [125]. Zweifellos kann der Gesetzgeber aber in einem Sonderrechtssatz auch den Abschluß eines privatrechtlichen Vertrages vorsehen wie z.B. in § 6 EnergiewirtschaftsG.

Eine weitere Lesart bestünde darin, daß der Vertrag auf einen Sonderrechtssatz gestützt sein muß in dem Sinne, daß der Vertragsinhalt seinen Geltungsgrund in diesem findet [126]. Aber auch das ist unzutreffend, denn die Geltung des Vertragsinhaltes beruht nicht auf einem Rechtssatz, sondern auf dem Willen der Vertragspartner [127].

Richtiger erscheint die Lesart, daß der Vertrag dann öffentlich-rechtlich ist, wenn er nach Sonderrechtssätzen zu beurteilen ist, was freilich voraussetzt, daß der Vertragsgegenstand mit hinlänglicher Sicherheit einem Rechtssatz zu subsumieren ist, in dem die vertraglichen Rechte und Pflichten vorgeordnet sind [128].

---

123) Dazu, daß beide Möglichkeiten bestehen: Bachof, AöR 83 (1958) 228.

124) Wolff, § 22 II c.

125) Diese Lesart scheint Bullinger, S. 38, im Auge zu haben: ".... Formel ist bestechend, paßt aber nur, wenn ein Vertrag überhaupt auf einen speziellen Rechtssatz gestützt ist, was Stern, (VerwArch 49 (1958), 145 f.) freilich .... verlangt."

126) So wohl Janknecht, S. 81.

127) S. oben S. 1o ff.

128) So wohl BGH, DVBl 1965, 276 (277); Menger-Erichsen, VerwArch 56 (1965), 28o; Stern, AöR 84 (159), 32o ff.

Ausgehend von der schon angeschnittenen Überlegung, daß der Vertragsinhalt auf dem Willen der Vertragspartner beruht und damit eine Art autonomer Rechtssetzung [129] ist [130], ließe sich der öffentlich-rechtliche Vertrag selbst als eine Art Sonderrecht auffassen. Diese Überlegung wird dadurch bestätigt, daß das Kriterium, das privatrechtliche von öffentlich-rechtlichen Rechtssätzen scheidet, notwendig auch privatrechtliche von öffentlich-rechtlichen Verträgen scheidet. Von daher läßt sich der öffentlich-rechtliche Vertrag folgendermaßen definieren:
Öffentlich-rechtlich ist ein Vertrag, wenn in ihm Rechte und Pflichten begründet, geändert oder aufgehoben werden, deren Träger nicht jedermann, sondern notwendig nur ein Subjekt hoheitlicher Gewalt sein kann.

Diese Definition bringt allerdings die Schwierigkeit mit sich, daß jede vertragliche Regelung insofern Sonderrecht der beteiligten Parteien beinhaltet, als es sich um eine konkrete, individuelle Regelung handelt. Öffentlich-rechtlich ist der Vertrag daher nur dann, wenn die geregelten Rechte und Pflichten auch dann Sonderrecht beinhalten, sofern von ihrer Eigenart als Bestandteile einer vertraglichen Regelung abgesehen wird. Es ist also erforderlich, den Vertragsgegenstand von der Einzelfallregelung zu lösen und das Vorliegen von Sonderrecht abstrakt zu prüfen, m.a.W.: Die vertragliche Regelung müßte, als Rechtssatz gedacht, Sonderrechtssatz sein [131].

---

129) Wieweit eine solche Autonomie im Verwaltungsrecht geht, wird noch zu untersuchen sein.

130) Vgl. Esser, § 5, 1; Lehmann, § 24 I.

131) Ähnlich Bettermann, JZ 1966, 445, der allerdings von einer mit der Subjektstheorie kombinierten Subjektionstheorie ausgeht und demnach zur Ablehnung von koordinationsrechtlichen Verträgen zwischen Zivilpersonen kommen müßte. Forts. s.S.33.

Eine auf diese Art und Weise nach obiger Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages durchgeführte Abgrenzung führt jedenfalls dann zum Erfolg, wenn die aus der Abstrahierung des Vertragsgegenstandes erzielte Norm mit einer schon vorhandenen Sonderrechtsnorm korrespondiert, was der Fall ist, wenn die vertraglich übernommene Verpflichtung oder eingeräumte Berechtigung eine ganz bestimmte, sich aus Sonderrechtsnormen ergebende Verpflichtung oder Berechtigung erfüllt oder ablöst [132] - ein Vertragsgegenstand ist durch eine Rechtsnorm vorgeregelt -..

Es besteht aber die Möglichkeit, daß Gegenstand des Vertrages mehrere Rechte und Pflichten sind, die, als Rechtssatz gedacht, teils Sonderrechtssätze, teils jedermanns Recht sind - mehrere Gegenstände sind durch mehrere Rechtsnormen vorgeregelt -. Soweit zwischen den einzelnen Rechten und Pflichten ein genetisches oder funktionelles Synallagma [133] besteht, gilt dann der Grundsatz der Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses mit der Folge, daß der gesamte Vertrag dem öffent-

---

Forts. von S. 32)
Dennoch nähert er sich stark der hier aufgestellten Definition, wenn er ausführt: "Ein Vertrag ist dann öffentlich-rechtlich, wenn er einen Träger öffentlicher Gewalt als solchen berechtigt oder verpflichtet ...." (darin sind koordinationsrechtliche Verträge zwischen Zivilpersonen noch nicht enthalten) und fortfährt: ".... wenn er Rechte und Pflichten begründet, aufhebt oder ändert, die einem Träger öffentlicher Gewalt als solchem oder einem anderen Rechtssubjekt gegenüber einem solchen Gewaltträger zustehen oder obliegen," (worin jetzt der obenerwähnte Sonderfall enthalten ist). Der einzige sachliche Unterschied zwischen der sich aus der Wolff'schen Sonderrechtstheorie ergebenden Definition und der Definition Bettermanns besteht dann darin, daß sich das Bettermann'sche Definitionsmerkmal "Träger öffentlicher Gewalt als solcher" durch das Wolff'sche Merkmal notwendiger Bezüglichkeit weiter präzisieren läßt.

132) Vgl. Wolff, § 44 II.

133) Vgl. dazu Blomeyer, § 21 II; Esser, § 19, 1)u.2); Larenz, SchR § 18 I.

lichen Recht zu unterstellen ist [134].

Eine weitere Schwierigkeit tritt auf, wenn die als Norm gedachte Regelung sowohl mit einem Sonderrechtssatz als auch mit einem Privatrechtssatz korrespondiert - ein Vertragsgegenstand ist in verschiedenen Normen vorgeordnet -. Es kommt dann darauf an, durch Auslegung festzustellen, aus welcher Anspruchsgrundlage der Träger hoheitlicher Gewalt sein Vorgehen herleitet [135].

Endlich sind die Fälle zu unterscheiden, bei denen der Vertragsgegenstand nicht durch einen Sonderrechtssatz hinlänglich bestimmt vorgeordnet ist [136]. Hier kann nur mit Hilfe der obigen Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages abgegrenzt werden. Es ist also festzustellen, ob die begründeten Rechte und Pflichten, als Norm gedacht, Sonderrechtssätze wären, d.h. notwendig nur einen Staat oder ein Subjekt verpflichten oder berechtigen könnten, das durch Staatsakt zur Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten einer über individuelle Beziehungen hinausgehenden Personenvielheit verpflichtet ist.

(3) Zusatzkriterien

Wegen der in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag häufig enthaltenen atypischen Regelungen kann eine eindeutige Qualifizierung des Vertrages nicht immer mit Sicherheit vorgenommen werden. Hier hilft in

---

134) So die h.M.: Bötticher, MDR 1961, 755; Jellinek, S. 5o; Kottke, S. 16; wohl auch Menger-Erichsen, VerwArch 56 (1965), 28o ff.; Obermayer, S. 36; Salzwedel, S. 225; E.Wolff, S. 12; H.J.Wolff, § 22 III g; Zuleeg, S. 36; a.A.: Lerche, S. 66 ff.; Molitor, S. 54; Stern, AöR 84 (1959), 323 ff..

135) Vgl. Wolff, § 22 II c.

136) Vor allem im Bereich der sog. gesetzesfreien Verwaltung. Vgl. dazu Menger, VerwArch 52 (1961),2oo f.

Zweifelsfällen nur eine Vermutung weiter, worauf in solchen Fällen auch die Vertreter anderer Abgrenzungstheorien angewiesen sind [137]. Eine Vermutung für das Vorliegen von öffentlichem Recht kann an verschiedene Gesichtspunkte anknüpfen.

Nach H.J. Wolff [138] spricht eine Vermutung für den öffentlich-rechtlichen Charakter einer Maßnahme, wenn eine Behörde in ihrem hoheitlichen Kompetenzbereich gehandelt hat. Siebert [139] und Menger [14o] stellen darauf ab, ob die Wahrnehmung einer Aufgabe dem spezifischen Bereich hoheitlicher Verwaltung angehört. Von der Eignung her bestimmen Huber [141] und Imboden [142] den Anwendungsbereich öffentlich-rechtlicher Verträge. Für Bullinger [143] ist entscheidend, ob bei der Wahrnehmung einer Aufgabe hoheitliche Verantwortung zu fordern ist. Schließlich kann hier die Interessentheorie [144] oder die modifizierte Subjektionstheorie Salzwedels [145] ins Spiel gebracht werden.

(Z) Im Ergebnis ist festzustellen, daß auf der Grundlage der Sonderrechtstheorie eine exakte Definition des öffentlich-rechtlichen Vertrages möglich ist, daß aber eine Abgrenzung von öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag besonders im Bereich der nicht gesetzesakzessorischen Verwaltung auf Schwierigkeiten stoßen kann. Unter Berücksichtigung des oben gemachten Vorschlages [146], den Begriff des verwaltungs-

---

137) Vgl. etwa Zuleeg, S.42.
138) Wolff, § 22 III b; DVBl 1961, 2o8.
139) Siebert, S. 223 f.
14o) Menger, VerwArch 52 (1961),2o2 f.
141) Huber, S. 58.
142) Imboden, S. 62 f.
143) Bullinger, S. 39.
144) Ebenso Zuleeg, S. 42.
145) An sie knüpft auch Kottke, S.14 ff.an.
146) S.oben S. 5.

rechtlichen Vertrages einzuführen, könnte in künftige Verwaltungsverfahrensgesetze zur Abgrenzung von privatrechtlichen Verträgen folgende Definition aufgenommen werden:
Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag liegt vor, wenn er die Begründung, Aufhebung oder Veränderung von Rechten und (oder) Pflichten zum Gegenstand hat, deren Träger nicht jedermann, sondern notwendig nur ein Träger öffentlicher Verwaltung sein kann.

b) Die Definition des subordinationsrechtlichen Vertrages

Nach § 4o Abs. 2 E 63 gelten die besonderen Erfordernisse der §§ 41 und 42 und die Nichtigkeitsgründe des § 45 Satz 1 Nr. 1-4 nur für Verträge, die eine Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, mit demjenigen abschließt, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde. Gemeint und gleichzeitig definiert sein sollen damit die sog. subordinationsrechtlichen Verträge [147]. Ob diese Legaldefinition als geglückt angesehen werden kann, ist zu bezweifeln.

Einmal erweckt der Wortlaut den Eindruck, daß eine Behörde, die berechtigt ist, einen Verwaltungsakt zu erlassen, nach ihrem Belieben auch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag eingehen kann [148]. Das ist aber, wie noch zu zeigen sein wird [149], durchaus nicht immer der Fall. Andererseits könnte aus der Legaldefinition geschlossen werden, daß die Behörde einen solchen Vertrag nur dann abschließen darf, wenn sie auch zum Erlaß eines entsprechenden Verwaltungsaktes berechtigt

147) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 195.
148) Kottke, S. 7 f..
149) S. unten IV, V.

wäre [150]. In Wahrheit wird aber für die Behörde die Möglichkeit eines Vertragsschlusses vielfach dann bedeutsam, wenn ihr das Handlungsmittel des Verwaltungsaktes nicht zur Verfügung steht [151].

Gemeint haben die Verfasser aber folgendes:
Die Legaldefinition solle nur das außerhalb des Vertragsverhältnisses bestehende subordinationsrechtliche Verhältnis Behörde - Bürger umschreiben, wenn sie von der generellen Möglichkeit ausgehe, an den Vertragspartner einen Verwaltungsakt zu richten. Es sei damit also nicht gemeint, daß der Verwaltungsakt auch den konkreten Inhalt des Vertrages haben müsse, den die Behörde mit dem potentiellen Adressaten eines Verwaltungsaktes abschließe "anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen" [152].

M.E. ist die von den Verfassern gewählte Formulierung zur Definition des subordinationsrechtlichen Vertrages unnötig kompliziert und zweideutig.
(Z) In Anlehnung an H.J. Wolff [153] wird vorgeschlagen, subordinationsrechtliche Verträge als verwaltungsrechtliche Verträge zu kennzeichnen, die zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung und Zivilpersonen geschlossen werden [154].

---

150) Kottke, S. 8.

151) Kottke, ebenda.

152) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 195.

153) Wolff, § 44 II b.

154) Teilweise werden allerdings auch Verträge zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung und ihrer Aufsichtsbehörde als subordinationsrechtliche Verträge bezeichnet: vgl. Kottke, S. 9; Salzwedel, S. 43. Wegen ihrer Seltenheit können solche Verträge hier außer Acht gelassen werden.

III) Die Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages

a) Die Entscheidung des Entwurfs

Gibt § 4o des Musterentwurfs für die Abgrenzung zum privatrechtlichen Vertrag nur wenig und für die Abgrenzung zum Verwaltungsakt gar nichts her, so trifft er doch folgende, klare Grundentscheidung: Der Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages wird als zulässige Handlungsform anerkannt.

Die Verfasser des Entwurfs begründen diese Entscheidung folgendermaßen [155]: Das Institut des öffentlich-rechtlichen Vertrages habe sich nach anfänglicher Ablehnung durchgesetzt, besonders die Praxis mache von ihm zunehmend Gebrauch. Es käme daher einer unzulässigen Kapitulation gleich, wollte man diesem fest in Brauch und Übung stehenden, wichtigen Mittel des Verwaltungshandelns die Anerkennung versagen [156]. Unabweisbare Bedürfnisse sowohl aus der Sicht der Verwaltung als auch der des Bürgers sprächen für den öffentlich-rechtlichen Vertrag. Wegen seiner dem Verwaltungsakt gegenüber größeren Elastizität könne durch seine Anwendung den Besonderheiten atypischer Fälle besser Rechnung getragen werden. Dadurch werde das Verhältnis öffentliche Verwaltung - Bürger günstig beeinflußt, denn der Bürger werde eine im Wege der Verhandlung erreichte Lösung des Einzelfalles innerlich eher akzeptieren als eine einseitig durch hoheitliches Handeln gesetzte Verwaltungsentscheidung [157].

155) Einzelbegründung E 63, S. 185 ff.

156) Einzelbegründung, S. 187 in Anlehnung an Forsthoff, LB, 8. Aufl. 1961, S. 251.

157) Einzelbegründung, S. 188.

b) Stellungnahme

1) Die Anerkennung koordinationsrechtlicher Verträge

Bezüglich der Anerkennung öffentlich-rechtlicher Verträge trifft der Entwurf zwischen sub- und koordinationsrechtlichen Verträgen keine Unterscheidung, beide sollen gleichermaßen zulässig sein. Die Zulässigkeit der Handlungsform des koordinationsrechtlichen Vertrages ist unbestritten. Sie ergibt sich schon daraus, daß andernfalls gleichgeordnete Rechtssubjekte keine Möglichkeit hätten, Gegenstände auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts zu regeln [158]. Koordinationsrechtliche Verträge können daher sowohl zwischen Verwaltungsträgern als auch zwischen Zivilpersonen geschlossen werden [159].

2) Die Anerkennung subordinationsrechtlicher Verträge

Auch mit der Anerkennung [160] des subordinationsrechtlichen Vertrages folgt der Entwurf der heute [161] fast völlig herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung [162]. Gegen diese Auffassung opponieren heute nur noch Giacometti und Bullinger.

---

158) Vgl. Weitemeyer, S. 1o6.

159) Apelt, S. 173; Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 236; Eyermann-Fröhler, § 4o Rdn 9; Forsthoff, S. 244; Gitzinger, S. 15; Hillermeier, DVBl 1967, 21; Klinger, § 4o B I; Lerche, S. 7o; Menger-Erichsen, 58 (1967), 178; Redeker-von Oertzen, § 4o Rdn 8; Salzwedel, S. 43; Stern, VerwArch 49 (1958),148; Wolff, § 44 II.

16o) Sie darf nicht verwechselt werden mit der inhaltlichen Zulässigkeit eines Vertrages. Zulässigkeit der Handlungsform und Zulässigkeit des Inhalts des Vertrages bilden zwei völlig verschiedene Problemkreise, was nicht immer beachtet wird. Vgl. z.B. Haueisen, NJW 1969, 122 r.Sp..

161) Zum Existenzkampf des verwaltungsrechtlichen Vertrages s. die ausführliche Darstellung bei Stern, VerwArch 49 (1958), 1o8 ff..

162) S. die Nachweise bei Schulze, S.63 Fußn.1;in jüngster Zeit BVerwG, NJW 1969, 8o7;Haueisen,NJW 1969, 122.

aa) Die Bedenken Giacomettis

Nach Giacometti [163] ist die dominierende, hoheitliche Stellung der Behörde von der öffentlich-rechtlichen Natur des Vertragsgegenstandes untrennbar. Die Behörde könne ihre hoheitliche Qualität nicht abstreifen und sich daher nicht auf die Ebene der Gleichordnung mit dem Bürger begeben, was für den Abschluß eines Vertrages aber wesentlich sei. Der öffentlich-rechtliche Vertrag stelle demnach eine contradictio in adjecto dar [164]. Damit knüpft Giacometti an den Gedanken O. Mayers [165] an, der die Möglichkeit verwaltungsrechtlicher Verträge unter Hinweis auf die Unterworfenheit des Bürgers unter die hoheitliche Gewalt des Staates leugnete. Zum anderen lehnt Giacometti den öffentlich-rechtlichen Vertrag ab, weil er das Gesetz als Verwaltungsrechtsquelle ersetze und damit zur Ausschaltung des Grundsatzes der gesetzmäßigen Verwaltung führe. So gehe der Bürger des Schutzes verlustig, den das Gesetz ihm biete, indem es dem Individuum Freiheit, Gleichheit und damit Gerechtigkeit und Rechtssicherheit gewährleiste.[166]

Soweit Giacometti die Möglichkeit einer vertraglichen Gleichordnung leugnet, ist dazu zu bemerken, daß das Bestehen eines abstrakten Über- Unterordnungsverhältnisses eine Gleichordnung der Partner im konkreten Einzelfall begrifflich nicht ausschließt. Es ist nicht einzusehen, warum eine Behörde nicht die Möglichkeit haben soll, von der ihr an sich zustehenden Möglichkeit einseitiger Ausübung von Hoheitsmacht abzusehen, womit noch nicht entschieden ist, ob sie dazu allgemein oder nur im Einzelfall berechtigt ist [167]. Es ist daher allgemeine Ansicht, daß die abstrakte Subor-

---

163) Giacometti, S. 442 ff.
164) Giacometti, S. 443.
165) Mayer, AöR 3 (1888), 1 ff.
166) Giacometti, S. 444 ff.
167) Vgl. Dombrowski, S. 32; Schulze, S. 66; Stein, AöR 86 (1961), 32o f.

dination zwischen Bürger und Staat einer konkreten, vertraglichen Koordination nicht entgegensteht [168]. Schwerwiegender erscheinen dagegen die Bedenken rechtsstaatlicher Art, die Giacometti vorbringt [169]. Aus ähnlichen Gründen kommt Bullinger zur völligen Ablehnung des öffentlich-rechtlichen Vertrages.

bb) Die Bedenken Bullingers

Ausgangspunkt für die Bedenken, die Bullinger gegen die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages ins Feld führt, ist die Feststellung, daß der Vertrag seine Legitimität in sich berge, während sich im Rechtsstaat das Handeln der Verwaltung am Gesetz legitimieren sollte [170]. Aus diesem Unterschied erwachse die Gefahr einer Auflehnung gegen das Gesetz, gegen die parlamentarische Legalität. Weiter drohe vom Vertrag her eine Kommerzialisierung der öffentlichen Verwaltung, denn der Vertrag lebe vom Gedanken der Tauschgerechtigkeit (do ut des!),was eine gerechte Sachentscheidung durch die Verwaltung ausschließe. Auch könne sich die Bindung, die der Vertrag mit sich bringe, zu einem unerträglichen Hindernis für eine sachgerechte Verwaltungsarbeit entwickeln [171].

Nicht zuletzt sieht Bullinger durch den öffentlich-rechtlichen Vertrag die Rechte des Bürgers gefährdet. Werde es der Verwaltung gestattet, in der Hoheitsverwaltung zum Vertrag überzugehen, würden jahrzehntelange Bemühungen von Literatur und Rechtsprechung hinfällig, im Verwaltungsakt die Hoheitsverwaltung an die Prinzipien des Rechtsstaates zu binden. Die mit dem Vertrag verbundene Vertragsfreiheit könne einen Rückfall in die Bindungslosigkeit der "polizeistaatlichen" Hoheitsverwaltung auslösen, die viel bedenklicher wäre als die sog. "Flucht ins Privatrecht", die ebenfalls allgemein

168) Vgl. Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 213; Forsthoff, S. 265, 267; Gitzinger, S. 16 f.; Imboden, S.41 f.; Rupp, Jus 1961, 60; Salzwedel, S.40;Wolff,§ 44 II.

mißbilligt werde [172]. Allein der Verwaltungsakt sei mit den rechtsstaatlichen Garantien, Sicherungen und Beschränkungen ausgestattet, die ihn als allgemeine Handlungsform der Verwaltung legitimieren [173].

Diesen Erwägungen kann eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden [174]. Es erscheint jedoch nicht richtig, einem Rechtsinstitut wegen der Möglichkeit [175] mißbräuchlicher Verwendung die Anerkennung zu versagen. Aus der Möglichkeit einer Verletzung der rechtlichen Gebundenheit der Verwaltung kann nicht darauf geschlossen werden, daß der Gebrauch einer bestimmten Handlungsform zu einer Regelung führt, deren Inhalt rechtsstaatlichen Grundsätzen zuwiderläuft [176]. Dem Anliegen, rechtsstaatliche Grundsätze zu wahren, kann angesichts der weiten Verbreitung [177], die der öffentlich-rechtliche Vertrag gefunden hat, durch eine pauschale Ablehnung dieses Instituts nicht Rechnung getragen werden. Es kann jetzt vielmehr nur noch darauf ankommen,

---

169) Darauf weisen auch Stein, AöR 86 (1961), 36o f., und Dombrowski, S. 72, hin.

17o) Bullinger, S. 17. Ähnlich Giacometti, S. 444.

171) So auch Forsthoff, S. 265.

172) Bullinger, S. 247; Ähnlich die Befürchtungen von Baring, DVBl 1965, 188, und Scholler, DVBl 1968, 413.

173) Bullinger, S. 249.

174) So auch Dombrowski, S. 76; Kottke, S. 37; Haueisen, NJW 1963, 145.

175) Dombrowski, S. 73: rechtspolitische Erwägungen vermögen die rechtsdogmatische Frage nach der Zulässigkeit des Verwaltungsvertrages nicht zu beantworten.

176) Schick, S. 25 Fußn 1: vor Mißbrauch ist keine Gestaltungsform sicher.

177) Insofern kann Bullinger, S. 85, nicht zugestimmt werden, wenn er behauptet, nicht einmal in der Leistungsverwaltung habe sich der örV einen festen Platz erobern können.

dieses Institut so auszugestalten, daß bei seiner Anwendung die erwähnten rechtsstaatlichen Prinzipien gewahrt bleiben [178].

(Z) Der Entscheidung des Entwurfs, den öffentlich-rechtlichen Vertrag als legitime Handlungsform anzuerkennen, ist daher zuzustimmen.

IV) Das Erfordernis normativer Ermächtigung

Wenn oben gesagt wurde [179], daß das abstrakte Subordinationsverhältnis, in dem sich Verwaltung und Bürger gegenüberstehen, eine konkrete Koordination durch Abschluß eines Vertrages nicht hindere, so ist damit noch nicht entschieden, ob sich eine Behörde im Bereich hoheitlicher Verwaltung grundsätzlich oder nur ausnahmsweise auf diese Ebene der Koordination begeben darf.

a) Die Entscheidung des Entwurfs

Nach § 4o E 63 soll von der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages grundsätzlich, d.h. ohne spezialgesetzliche Ermächtigung, Gebrauch gemacht werden können.
Die Verfasser begründen ihre Entscheidung [18o] damit, daß es keinen Rechtssatz gebe, nach dem alles hoheitliche Handeln sich in Form von Verwaltungsakten zu vollziehen habe. Eine solche Auffassung könne höchstens aus der traditionellen Anschauung vom Bürger als Untertan abgeleitet werden, die heutigen Anschauungen nicht mehr entspreche. Aus dem passiven Untertan sei längst

178) Ähnlich die Einzelbegründung E 63, S. 187, 191; Menger-Erichsen, VerwArch 58 (1967), 172; Ule-Bekker, S. 65.

179) S. oben S. 4o.

18o) Einzelbegründung E 63, S. 189 ff..

ein aktiver Staatsbürger geworden, der z.B. auch im Verwaltungsstreitverfahren mit der Hoheitsverwaltung gleichbehandelt werde [181]. Auch aus praktischen Erwägungen müsse von dem Erfordernis einer besonderen Ermächtigung abgesehen werden [182], denn der Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Vertrages werde sonst zu sehr eingeschränkt. Die Verwaltungspraxis sei über vorhandene gesetzliche Ermächtigungen längst hinausgegangen und habe öffentlich-rechtliche Verträge auch ohne besondere Ermächtigung abgeschlossen. Es erscheine daher richtiger, das Vordringen der Verwaltungspraxis in den Bereich vertraglicher Lösungen zwar durch eine weitgefaßte Zulässigkeitserklärung zu legalisieren, die Verwaltung dafür aber hinsichtlich der materiellen Erfordernisse des öffentlich-rechtlichen Vertrages an normative Regeln zu binden [183].

b) Stellungnahme

Ist die Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Vertrages durch den Entwurf eine Entscheidung, deren Richtigkeit fast unbestritten ist, so greift der Entwurf mit dieser zweiten Entscheidung in den lebhaften Streit zwischen den Vertretern der sog. normativen Ermächtigungslehre [184] und den Verfechtern einer utilitaristischen [185] Betrachtungsweise zugunsten der letzteren ein.

---

181) Einzelbegründung E 63, S. 189 unter Hinweis auf OVG Münster, E 16,12, und Forsthoff, LB 8.Aufl.1961 S. 253.

182) Vgl. dazu auch Apelt, AöR 84 (1959), 249 ff.; Kottke, S. 39.

183) Einzelbegründung E 63, S. 190 f.

184) Begriff nach OVG Münster, E 16,13,

185) Begriff nach Stern, VerwArch 49 (1958), 114.

Die Anhänger der utilitaristischen Betrachtungsweise[186] berufen sich auf Gründe der Praktikabilität, der Nützlichkeit und der Erforderlichkeit. Sie halten eine rechtsnormative Zulassung des Vertragsschlusses im Einzelfall für nicht erforderlich und postulieren eine mehr oder weniger weitgehende Zulässigkeit eines Vertragsschlusses, soweit nicht im Einzelfall zwingendes Recht oder Rechtsgrundsätze entgegenstehen.

Nach der normativen Ermächtigungslehre [187] müssen sich subordinationsrechtliche Verträge dagegen auf eine ausdrücklich ermächtigende Rechtsnorm, zumindest aber auf Gewohnheitsrecht stützen. Ihre Vertreter stützen sich vor allem auf das Rechtsstaatsprinzip und den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Eine ausführliche, rechtstheoretische Begründung hat diese Ansicht vor allem durch Stern bekommen.

Stern[188] geht vom "Stufenbau" der Rechtsordnung aus. Der heutige Staat lebe in einer Rechtsordnung, deren Normen in einer Stufenordnung aufträten, und zwar in der Form, daß die jeweils höhere Norm die Ermächtigungsbasis für die niederrangige Norm abgebe. So seien z.B. die Gesetze Delegationsnorm zur Individualrechtsgestaltung durch Verwaltungsakt innerhalb des staatlichen Bereiches und außerhalb des staatlichen Bereiches zu

---

186) H.M.: Apelt, S. 5o f.; Dombrowski, S. 77; Eyermann-Fröhler, § 4o Rdn 1o; Forsthoff, S. 266; Gitzinger, S. 2o; Haueisen, NJW 1967, 59o; DVBl 1968, 285; Menger, VerwArch 52 (1961), 1o6 f.; Nebinger, S.277 f.; Peters, S. 154; Redeker, JZ 1968, 542; Salzwedel, S. 114 ff.; Scheerbarth, § 62 a; Schulze, S. 76; Stein, AöR 86 (1961), 323 u. Fußn 13; Wach, DVBl 1967, 43; Wolff, § 44 II b; OVG Münster, E 16, 12; BVerwG, NJW 1967, 56o = DVBl 1967, 43; Ältere Nachweise bei Stern, VerwArch 49 (1958), 117 ff..

187) Vertreten etwa von Baring, DVBl 1965, 183; Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 221 ff.; Fleiner, S.211; Imboden, S. 69 ff.; Stern, VerwArch 49 (1958), 131, mwN. S. 114 ff..

188) Stern, VerwArch 49 (1958), 131 ff..

Rechtshandlungen Privater, deren hauptsächliches Gestaltungsmittel die Verträge seien. Wenn sich so über die Gemeinschaft eine positivierte Rechtsordnung erhebe, dann seien die Rechtsgenossen nur soweit zu einer Gestaltung ihrer Beziehungen befugt, als sie die Rechtsordnung hierzu ermächtige [188]. Eine Rechtsgestaltung durch Vertrag sei daher nur dort möglich, wo durch einen Konstitutivakt ein Bereich für verzichtsbetroffen erklärt werde [189].

Dieser Ansicht kann aus mehreren Gründen nicht beigetreten werden. Geht man wie Stern davon aus, daß der Vertrag ein apriorischer Begriff ist, der in die gesamte Rechtsordnung übernommen ist [190], dann muß man einräumen, daß von dieser Handlungsform soweit Gebrauch gemacht werden kann, wie Rechtsvorschriften nichts Gegenteiliges besagen. Eine zusätzliche Anerkennung eines solchen Rechtsgestaltungsvorganges kann nicht verlangt werden [191]. Ist schon der zweifellos nicht apriorische Verwaltungsakt keine Handlungsform, zu deren Anwendung die Verwaltung ausdrücklich ermächtigt sein muß, so kann eine solche Ermächtigung erst recht nicht für die Handlungsform des Vertrages gefordert werden.

Die Ansicht Sterns gründet letztlich auf dem Boden des Rechtspositivismus, da sie auf den Satz hinausläuft, daß alles unzulässig ist, was nicht ausdrücklich erlaubt ist [192], eine Vorstellung, die zwar noch

---

188) Stern, VerwArch 49 (1958), 133; ähnlich Imboden, S. 64 f..

189) Stern, aaO. S. 134.

190) Stern, aaO. S. 121 ff..

191) Stern, aaO. S. 135 ausdrücklich.

192) So Forsthoff, S. 266.

am ehesten für die an Gesetz und Recht gebundene Verwaltung Geltung erlangen könnte, jedoch die Eigenständigkeit der vollziehenden Gewalt gegenüber der Gesetzgebung verkennen würde [193]. Mit dieser Eigenständigkeit der Verwaltung vertrüge sich das Erfordernis einer ausdrücklichen Ermächtigung durch die Legislative zur Benutzung einer verwaltungsrechtlichen Handlungsform schlecht. Wenn es den Subjekten öffentlicher Verwaltung in manchen Bereichen sogar freigestellt ist, sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Formen zu bedienen, dann kann man kaum für den Gebrauch einer verwaltungsrechtlichen Handlungsform eine ausdrückliche Ermächtigung verlangen.

Stern folgert allerdings aus dem Bestehen des allgemeinen Subordinationsverhältnisses zwischen Hoheitsträger und "Gewaltunterworfenem" und der Tatsache, daß der Verwaltungsakt das typische Gestaltungsmittel ist, in dem dieses Verhältnis zum Ausdruck kommt, daß der Verwaltung bindend aufgegeben sei, sich dieses Mittels zu bedienen. Ein Vertragsschluß, der sich nicht auf eine Ermächtigungsnorm stütze, verstoße gegen das Rechtsstaatlichkeitsgebot des Art. 2o Abs. 3 GG [194].

---

193) So Janknecht, S. 92, unter Hinweis auf Wolff, § 31.

194) Stern, VerwArch 49 (1958), 139 ff.; ähnlich anscheinend Forsthoff, S. 267, für den Bereich der Eingriffsverwaltung.
M.E. meint Stern den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit im Sinne des Vorrangs des Gesetzes. Allerdings ist Dombrowski, S. 73, zuzustimmen, wenn er Sterns Ausführungen für unklar hält. Vgl. dazu auch Jesch, S. 2o2.
Sollte Stern aber einen Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes meinen, wie Dombrowski, S. 73, annimmt, kann ihm schon deshalb nicht zugestimmt werden, weil sich der Gesetzesvorbehalt nicht auf Verfahrensformen bezieht. Vgl. Stein, AöR 86 (1961), 323, Fußn. 13.

Richtig ist, daß der Verwaltungsakt typisches Mittel der Hoheitsverwaltung ist. Nicht einzusehen ist, daß die Verwaltung zwingend daran gebunden sein soll, dieses typische Mittel zur Regelung gerade atypischer Situationen einzusetzen, deren Bewältigung das Institut des öffentlich-rechtlichen Vertrages ja dienen soll. Das Atypische solcher Interessenlagen erfordert, von typischen Handlungsformen abzugehen. Das Argument, der Verwaltungsakt sei grundsätzlich als Form des Verwaltungshandelns vorgeschrieben, trifft vor allem dann ins Leere, wenn der betroffene Sachverhalt gar nicht normativ vorgeregelt ist, da dann auch die Regelungsform nicht festgelegt sein kann [195].

Im übrigen weist Stern selbst darauf hin, daß die These, alles hoheitliche Handeln dürfe sich mangels gegenteiliger Sonderregelung nur in Form von Verwaltungsakten vollziehen, letztlich an die "klassische Auffassung" obrigkeitlichen Staatsdenkens anlehne, nach der der Staat mit seinen Bürgern nicht "paktiere" [196]. Angesichts des Wandels der soziologischen Verhältnisse vermag die Hypothese, öffentliche Rechte und Pflichten könnten grundsätzlich nur durch einseitigen Akt der Staatsgewalt entstehen, nicht zu überzeugen [197]. Vielmehr ist davon auszugehen, daß es keinen Rechtssatz gibt, der der Verwaltung vorschreibt, grundsätzlich nur von der Handlungsform des Verwaltungsaktes Gebrauch zu machen [198].

(Z) Es ist dem Entwurf daher zuzustimmen, wenn er den Abschluß eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nicht von einer spezialgesetzlichen Ermächtigung abhängig macht.

---

195) Vgl. Kottke, S. 39; ähnlich Janknecht, S. 90; Schulze, S. 77.

196) Stern, VerwArch 49 (1958), 155 f..

197) So OVG Münster, E 16,16. Menger, VerwArch 52(1961), 205: "Aus einer vorhandenen Tradition rechtfertigt sich aber noch nicht unbedingt der Schluß, daß eine anderweitige Handhabung nicht rechtmäßig sei."

V) Die Einschränkung der Handlungsform

Wenn im Vorstehenden ausgeführt wurde, daß von der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages grundsätzlich ohne spezialgesetzliche Ermächtigung Gebrauch gemacht werden darf, so ist damit gleichwohl nicht gesagt, daß der Abschluß eines solchen Vertrages unbeschränkt zulässig ist. Die generelle Zulässigkeit dieser Handlungsform erfährt eine gewichtige Einschränkung durch den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im negativen Sinne (Vorrang des Gesetzes), wonach konkrete Staatsakte - hier der Abschluß von öffentlich-rechtlichen Verträgen - fehlerhaft sind, sofern sie einem gültigen Rechtssatz widersprechen [199].

a) Die Entscheidung des Entwurfs

Dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung trägt der Entwurf Rechnung, wenn er in § 4o Abs. 1 bestimmt, daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nur abgeschlossen werden kann, soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen.

Wann das der Fall ist, wird, wie die Verfasser zugeben [200], nicht immer einfach zu erkennen sein. Sie führen weiter aus, daß es formelle Vertragsverbote kaum geben werde, sich solche Verbote jedoch sinngemäß aus dem Gesamtinhalt eines Gesetzes oder aus einer zusammenhängenden gesetzlichen Regelung ergeben könnten, die zeige, daß der Gesetzgeber die Rechtsverhältnisse abschließend normieren wolle. Ergebe sich so, daß eine Verwaltungsbehörde unter bestimmten tatsächlichen oder

198) Vgl. Schulze, S. 76; Scheerbarth, § 62 a; Stein, AöR 86 (1961), 323.

199) Vgl. Wolff, § 3o II a.

2oo) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 191.

rechtlichen Voraussetzungen nur durch Verwaltungsakt entscheiden dürfe, so stehe diese spezialgesetzliche Regelung einem Vertrag entgegen. In solchen Fällen werde der Weg zur vertraglichen Regelung nur durch eine normierte Ausnahmeregelung eröffnet [2o1]. Der Schwierigkeit, im Einzelfall aus dem Gesamtinhalt des fraglichen Gesetzes zu schließen, ob Verträge ausgeschlossen seien oder nicht, könne durch eine Formulierung des § 4o Abs. 1 E 63 nicht abgeholfen werden [2o2].

b) Stellungnahme

In der Tat gehört der angeschnittene Fragenkomplex zu den umstrittensten Gebieten der Lehre vom öffentlich-rechtlichen Vertrag und wird bis in die jüngste Zeit vor allem dadurch kompliziert, daß die Frage nach der Zulässigkeit der Regelungsform mit der Frage nach der Zulässigkeit des Regelungsinhalts vermengt wird [2o3].

Der Zulässigkeitsrahmen, in dem von der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages Gebrauch gemacht werden darf, kann infolge des Gesetzmäßigkeitsprinzips im Sinne des Gesetzesvorranges weiter oder enger sein, was von dem jeweils vorgegebenen Recht abhängt, das bezüglich der Handlungsform zwingender oder dispositiver Natur sein oder überhaupt fehlen kann [2o4]. Dieser Zulässigkeitsrahmen ist unabhängig davon, ob die Verwaltung bei der Setzung einer Rechtsfolge gebunden ist, oder ob ihr insoweit Ermessen eingeräumt ist wie auch

---

2o1) Einzelbegründung E 63, S. 193.

2o2) Einzelbegründung E 63, S. 194.

2o3) So z.B. von Janknecht, S. 83; von Scheerbarth, S. 134; von Stern, VerwArch 49 (1958), 14o f.; von Ule-Becker, S. 69; von Wolff, § 44 II b u.b 2.

2o4) Kottke, S. 4o.

unabhängig davon, ob eine Regelung auf dem Gebiet der Leistungs- oder Eingriffsverwaltung erfolgen soll. Auch auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung kann der Verwaltung Handeln durch Verwaltungsakt vorgeschrieben sein. Andererseits ist es unzutreffend, wenn z.B. Dombrowski [205] den Abschluß eines Vertrages auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung für unzulässig hält, weil hier der Grundsatz der zwingenden Natur des öffentlichen Rechts gelte [206]. Ebenfalls unzutreffend ist es, wie das OVG Münster [207] die Handlungsform des verwaltungsrechtlichen Vertrages auf dem Gebiet des Ordnungsrechts deswegen zuzulassen, weil die ordnungsbehördliche Generalklausel der Verwaltung ein Handlungs- und Auswahlermessen einräumt. Ein Ermessensspielraum in materiellen Fragen gibt noch keinen Ermessungsspielraum in Fragen der Handlungsform wie umgekehrt die Zulässigkeit der Vertragsform nicht davon abhängig ist, daß der Verwaltung ein Ermessen in materiellen Fragen eingeräumt ist [208].

Einigkeit besteht jedenfalls darüber, daß ein Gebrauch der Vertragsform dann ausgeschlossen ist, wenn eine gesetzliche Vorschrift ausdrücklich anordnet, daß eine bestimmte Regelung durch Verwaltungsakt zu treffen ist. [209] Fehlt eine solche Anordnung, dann kann sich die Unzulässigkeit der Vertragsform im Wege der Auslegung des jeweiligen Gesetzes ergeben [210]. Unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Gesetzes ist zu ermitteln, ob der Verwaltungsakt die ausschließliche Form zur

---

205) Dombrowski, S. 77 f..

206) So auch BVerwGE 4,111; Stern, VerwArch 49 (1958), 146; ablehnende Stellungnahme dazu bei Schulze, S. 79, 81.

207) OVGE 16, 14 f..

208) Stein, AöR 86 (1961), 325 f.; Weitemeyer, S.107.

209) Vgl. Apelt, AöR 84 (1959), 254; Dombrowski, S.76; Forsthoff, S. 267 f.; Kottke, S. 41; Menger, VerwArch 52 (1961) 207; Schulze, S. 81; Stein, AöR 86 (1961), 324; Wolff, § 44 II b.

210) Vgl.Dombrowski, S. 77; Janknecht, S. 93; Kottke, S. 41; Rupp, Jus 1961, 61.

Regelung des betroffenen Einzelfalles darstellt [211].

Sieht das Gesetz ein bestimmtes, förmliches Verfahren vor, in das die Entscheidung über eine Maßnahme eingekleidet ist, wie z.B. die Erteilung der Baugenehmigung nach § 88 BauO NW oder ordnungsbehördliche Maßnahmen nach § 2o OBG NW, dann kann daraus auf den Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, daß diese Maßnahmen nur durch Verwaltungsakt zu treffen sind [212]. Das bedeutet aber nicht, daß auch Verträge, die diese Verwaltungsakte lediglich vorbereiten oder ergänzen, unzulässig sind [213].

Enthält das Gesetz Ausdrücke wie Verfügung, Bescheid oder ähnliche Kennzeichnungen für einseitiges, hoheitliches Vorgehen, dann kann daraus entnommen werden, daß der Gesetzgeber hier jedenfalls für den Normalfall den Verwaltungsakt als Mittel des Verwaltungshandelns zwingend vorgeschrieben hat.[214]

Die genannten Bezeichnungen werden vom Gesetzgeber aber meistens nur gebraucht, um die übliche Verwaltungspraxis anzusprechen [215]. Eine hypothetische Auslegung des Gesetzes kann dann ergeben, daß der Verwaltung in besonderen Ausnahmefällen, die von der üblichen Verwaltungspraxis abweichen [216], vom Gesetzgeber die Befugnis zu einer Regelung im Vertragswege eingeräumt worden wäre, wenn er die besondere Lage gekannt hätte[217]. Hier steht es im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde,

---

211) Kottke, S. 41.
212) Vgl. Dombrowski, S. 78; Scheerbarth, § 63, b; Schulze, S. 81.
213) Vgl. Stein, AöR 86 (1961), 327; vgl. auch Menger, VerwArch 52 (1961), 2o6, kritisch zu OVG Münsteraa0.
214) So wohl auch Forsthoff, S. 267: "Wo die Gesetze die Behörden mit hoheitlichen Befugnissen zur Erfüllung ihrer typischen Aufgaben ausgestattet haben, ergeben sich Bedenken dagegen, es ihrer Entscheidung zu überlassen, ob sie von diesen Befugnissen Gebrauch machen oder den Weg der vertraglichen Anbahnung ... einschlagen wollen."

ob sie von dem üblichen Mittel des Verwaltungshandelns abgehen und eine Regelung durch Vertrag treffen will[218].

Ebenfalls im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde steht der Abschluß eines Vertrages, wenn das Gesetz keine Angaben darüber enthält, wie es vollzogen werden soll, oder wenn die beabsichtigte Regelung auf dem Gebiet der sog. gesetzesfreien Verwaltung erfolgen soll [219]. In diesen Fällen hat die Verwaltung ein Wahlrecht zwischen der Gestaltungsform des Verwaltungsaktes oder des Vertrages [220].

Eine Einschränkung dieses Wahlrechts kann sich vor allem aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben [221]. Hat eine Behörde bestimmte Sachlagen nach ihrer bisherigen Praxis durch Verwaltungsakt geregelt, darf sie nicht ohne zureichenden Grund von dieser Praxis abweichen [222].

---

215) Vgl. Martens, AöR 89 (1964), 448.

216) Hieran knüpfen z.B. an: Eyermann-Fröhler, § 4o Rdn. 11; Redeker-von Oertzen, § 4o Rdn. 9.

217) Vgl. Kottke, S. 41; Schick, S. 25.

218) Insoweit kann von einer "Dispositivität" öffentlich-rechtlicher Normen bezgl. der Handlungsformen gesprochen werden. Vgl. Knack, DVBl 1965, 711; Salzwedel, S. 249; Rüfner, S. 333. Diese Beschränkung auf das pflichtgemäße Ermessen erübrigt eine Subsidiaritätsklausel für öffentlich-rechtliche Verträge, wie sie von Baring, DVBl 1965, 182 und Fußn. 12, vorgeschlagen wird, und verhütet, daß die Generalklausel des § 4o E 63 zu einer Verdrängung des Verwaltungsaktes führt, eine Befürchtung, die mancherorts ausgesprochen wird. Gegen Baring aaO. Knack aaO. und Schick, S. 25 Fußn. 1.

219) S. Fußn. 218.

220) Vgl. Kottke, S. 42; Stein AöR 86 (1961), 323.

221) Vgl. aber auch Bullinger, S. 46; Einzelbegründung E 63, S. 192 f..

222) Eyermann-Fröhler, § 4o Rdn. 11; Redeker-von Oertzen, § 4o Rdn. 9; Schulze, S. 69.

Keine Einschränkung des Wahlrechts läßt sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel herleiten. Unter Hinweis auf diesen Grundsatz führt Scheerbarth [223] aus, daß nicht einzusehen sei, warum das für den Betroffenen mildeste Mittel nicht auch ein verwaltungsrechtlicher Vertrag sein solle, wenn der Gesetzgeber bei der Aufstellung des Verhältnismäßigkeitssatzes auch wohl daran nicht gedacht habe. Diese Meinung hätte zur Konsequenz, daß die Verwaltung sich immer dann, wenn sie die Wahl zwischen Verwaltungsakt und Vertrag hat, für den Abschluß eines Vertrages entscheiden müßte [224]. Am Ende dürfte die Verwaltung nur noch dann vom Verwaltungsakt Gebrauch machen, wenn er ihr zwingend vorgeschrieben ist, oder der Bürger sich weigert, einen Vertrag abzuschließen.

(Z) Zieht man der generellen Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge die hier aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und dem Gleichheitsgrundsatz entwickelten Schranken, dann bestehen gegen die im § 4o E 63 getroffenen Entscheidungen keine Bedenken [225]. Es ist den Verfassern allerdings zuzugeben, daß sich diese Schranken kaum kodifizieren lassen, da die Entscheidung der Frage, wann der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages Rechtsvorschriften entgegenstehen, von einer sorgfältigen Interpretation des vorgegebenen Rechts abhängt.

---

223) Scheerbarth, § 62 a; zustimmend Kottke, S. 42; Schulze, S. 8o; auch das BVerwG, DVBl 1967, 44, beruft sich auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

224) Diese Tendenz kommt bei Kottke aaO. zum Ausdruck: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit könne gebieten, einen Vertrag abzuschließen statt einen Verwaltungsakt zu erlassen.

225) Zustimmend auch Martens, AöR 89 (1964), 449; Knack, DVBl 1965, 7o9; Scheerbarth, § 62 a; Ule-Becker, S. 65.

B) Zu § 4o E 66

Die Vorschrift über die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge besteht im E 66 aus zwei Sätzen. Satz 1 entspricht § 4o Abs. 1 E 63. Satz 2 bringt die Definition des subordinationsrechtlichen Vertrages, die im E 63 in Absatz 2 enthalten war. In Satz 2 fehlen die Verweisungen auf die nur für diesen Vertrag geltenden Bestimmungen der §§ 41, 42, 45 Nr. 1-4. Stattdessen wird in den genannten Bestimmungen jeweils auf § 4o Satz 2 verwiesen ("Vertrag im Sinne des § 4o Satz 2"). Die nicht recht geglückte Mischung von Definition und Verweisung, die § 4o Abs. 2 E 63 enthielt [226], wird damit aufgegeben. Die jeweilige Bezugnahme auf § 4o Satz 2 in den einzelnen Vorschriften ist zudem gesetzestechnisch klarer [227]. Ansonsten bringt § 4o E 66 keine sachlichen Abweichungen von § 4o E 63.

C) Zu § 121 LVwG

§ 121 LVwG stimmt mit § 4o E 66 überein, enthält aber eine wesentliche und begrüßenswerte Klarstellung: Öffentlich-rechtliche Verträge sollen zulässig sein, soweit Rechtsvorschriften dieser"Handlungsform"nicht entgegenstehen. Damit wird eindeutig festgelegt, daß nur die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages geregelt wird, nicht aber die Grenzen seiner inhaltlichen Zulässigkeit [228].

---

226) So die Ergebnisniederschrift, S. 4o.

227) Ergebnisniederschrift ebenda; zustimmend Ule-Sellmann, DVBl 1967, 839.

228) Das Bedenken Bullingers, Notwendigkeit S. 674, § 4o gewähre auch inhaltliche Gestaltungsfreiheit, ist dadurch ausgeräumt.

D) Die zu den §§ 4o E 63, E 66, 121 LVwG angestellten Überlegungen führten zu dem Vorschlag, den Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages durch den des verwaltungsrechtlichen Vertrages zu ersetzen, den Begriff des subordinationsrechtlichen Vertrages einzuführen und die Legaldefinitionen des verwaltungsrechtlichen Vertrages und des subordinationsrechtlichen Vertrages zu ändern. § 4o des Entwurfs könnte dann folgende Fassung erhalten:

"§ 4o

Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Ein Vertrag, der die Begründung, Aufhebung oder Veränderung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand hat, deren Träger notwendig nur ein Träger öffentlicher Verwaltung sein kann (verwaltungsrechtlicher Vertrag), kann abgeschlossen werden, soweit Rechtsvorschriften dieser Handlungsform nicht entgegenstehen. Insbesondere kann ein solcher Vertrag zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und einer Zivilperson abgeschlossen werden (subordinationsrechtlicher Vertrag)."

2. Kapitel

Vergleichsvertrag nach §§ 41 E 63, E 66, 122 LVwG

Ein wichtiges Anwendungsgebiet des subordinationsrechtlichen Vertrages ist der in § 41 des Entwurfs und § 122 des Landesverwaltungsgesetzes geregelte Vergleichsvertrag. § 41 E 63 wurde im E 66 neu gefaßt, § 122 LVwG stimmt mit der Neufassung überein. Es soll von der Regelung des E 63 ausgegangen werden.

A) Zu § 41 E 63

I) Die Entscheidung des Entwurfs

Nach § 41 E 63 kann ein Vergleich geschlossen werden, wenn durch ihn eine bei verständiger Würdigung bestehende Ungewißheit über den Sachverhalt oder die Rechtslage beseitigt werden soll.

Die Verfasser begründen die Vorschrift folgendermaßen [229]: Der öffentlich-rechtliche Vergleichsvertrag habe mit dem bürgerlich-rechtlichen Vergleich gemeinsam, daß durch gütliche Einigung eine Ungewißheit über die Sach- oder Rechtslage beseitigt werden solle. Anders als Partner des Privatrechts sei die Behörde aber durch den Grundsatz der Gesetz- und Rechtmäßigkeit der Verwaltung und durch das Gebot der Gleichbehandlung gebunden, eine Bindung, die grundsätzlich auch für den öffentlich-rechtlichen Vertrag gelte. Es ginge jedoch zu weit, deshalb Vergleichsverträge für unzulässig zu erklären. Häufig sei es unangemessen, Ungewißheiten über den Sachverhalt oder die Rechtslage mit einem Aufwand an Mitteln und Zeit klären zu

---

229) Einzelbegründung E 63, S. 195 f..

wollen, der außer Verhältnis zu dem Objekt stehen würde, über das zwischen Bürger und Behörde Streit bestehe. Es könne daher sinnvoll sein und im Interesse des Bürgers wie auch der Verwaltung liegen, wenn sie sich im Wege gegenseitigen Nachgebens einigten, anstatt es bei einer Entscheidung der Behörde durch Verwaltungsakt auf einen zeitraubenden Prozeß mit oft erheblichem Kostenrisiko ankommen zu lassen. Diese Auffassung sei gewohnheitsrechtlich anerkannt, da sie seit langem im Rahmen des § 1o6 VwGO vor den Verwaltungsgerichten beim Abschluß von Prozeßvergleichen geübt werde. In § 1o6 VwGO seien aber keine anderen materiellen Voraussetzungen normiert als die für außerprozessuale, öffentlich-rechtliche Verträge geltenden.

II) Kritische Stimmen

Die in der Begründung geäußerte Ansicht hat Widerspruch erfahren. Ule-Becker [23o] führen aus, daß, was die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Vergleiche betreffe, noch nicht einmal eine gefestigte Rechtsprechung, geschweige denn eine gewohnheitsrechtliche Übung vorliege, da die Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge wenigstens in Einzelfragen umstritten sei. Der Abschluß von Vergleichsverträgen sei nur in einzelnen gerichtlichen Entscheidungen für zulässig erachtet worden. Auch auf § 1o6 VwGO berufe sich der Ausschuß zu Unrecht, da nach dieser Vorschrift die Parteien im verwaltungsgerichtlichen Prozeß einen Vergleich nur schließen könnten, "...soweit sie über den Gegenstand der Klage verfügen können" [231].

23o) Ule-Becker, S. 66 ff.; ihnen zustimmend Baring, DVBl 1965, 182; Spanner, DVBl 1964, 849.

231) Ebenso § 1o1 Abs.1 SGG.

Die Verfasser des Entwurfs nehmen zu dieser Abweichung des § 41 E 63 von § 1o6 VwGO keine Stellung. Ule-Becker kann aber nicht mehr darin beigestimmt werden, daß Vergleichsverträge nur in einzelnen gerichtlichen Entscheidungen als zulässig anerkannt worden seien [232]. Vielmehr folgt aus der Doppelnatur des verwaltungsrechtlichen Prozeßvergleiches, der zugleich Prozeßhandlung und materiell-rechtliches Geschäft ist, daß verwaltungsrechtliche Vergleichsverträge grundsätzlich zulässig sind [233]. Das gilt auch für außerprozessuale Vergleichsverträge. Da der Prozeßvergleich der Beendigung eines Streites dienen soll, ein außerprozessualer Vergleich aber schon das Entstehen eines Rechtsstreites verhindert, muß das Recht, sich außerprozessual zu vergleichen, der Verwaltung sogar primär zustehen [234]. Es wäre nämlich nicht einzusehen, daß die Verwaltung es auf einen Prozeß ankommen lassen muß, um die Möglichkeit zum Vergleich zu haben [235].

Problematisch ist jedoch der Umfang, in dem Vergleiche zulässig sein sollen. Hieraus ergeben sich auch Bedenken gegen § 41 E 63. Die Verfasser des Entwurfs setzen Verträge, die einen Vergleich zum Gegenstand

---

232) S. BVerwGE 17, 87 (93) mwN. und die in den Kommentaren angeführten Entscheidungen: Eyermann-Fröhler, § 1o6 Rdn. 1; Klinger, § 1o6 C I; Schunck-de Clerck, 2 d; BSG, NJW 1968, 176 = MDR 1968, 88 und Peters-Sautter-Wolff, § 1o1, 1 b.

233) H.M.: s. Nachweise in Fußn. 232 und Haueisen, DVBl 1968, 285 mwN.; anderer Ansicht: Baumbach-Lauterbach, Anhang 2 A zu § 3o7; Ule, S. 167;

234) Dithmar, NJW 1961, 2245; zustimmend BVerwG, E 17, 87 (94). A.A. Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 23o: es gebe keine Vorschrift, aus der eine solche Befugnis zum außergerichtlichen Vergleich abgeleitet werden könne.

235) Knack, DVBl 1965, 71o.

haben, nur eine Schranke [236]: die zu beseitigende Ungewißheit muß bei verständiger Würdigung bestehen. Ob diese Einschränkung genügt, kann bezweifelt werden. Ule-Becker [237] befürchten, daß diese Formulierung den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns stark entwerten werde [238]. Schick [239] hält die Formulierung für präzisierungs- und ergänzungsbedürftig. Nach Martens [240] ist § 41 E 63 sogar so weit gefaßt, daß fast alle in Betracht kommenden Fälle verwaltungsrechtlicher Verträge erfaßt werden. Auch Redeker [241] wirft dem Entwurf hier mangelnde Klarheit vor.

III) Stellungnahme

a) Problemstellung

1) Vergleichsfeindliche Gesichtspunkte

Es besteht Einigkeit darüber, daß Behörden auch im Vertragswege nicht wie Privatpersonen über ihre Rechte und Rechtsbeziehungen verfügen können, da für sie nicht in erster Linie der Grundsatz der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit, sondern der Grundsatz von der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht gilt [242].

---

236) A.A. Bullinger, Notwendigkeit S. 645: "§ 41 gestattet ...Vergleichsverträge ohne jede Einschränkung."

237) Ule-Becker, S. 69.

238) Anders Kottke, S. 49: § 41 E 63 berücksichtige verwaltungspraktische Bedürfnisse nur in engen Grenzen.

239) Schick, S. 35.

24o) Martens, AöR 89 (1964),467; auch Stein, AöR 86 (1961), 327, sieht im Vergleich den Hauptanwendungsfall des verwaltungsrechtlichen Vertrages.

241) Redeker, DÖV 1966, 548.

242) Vgl. Apelt, AöR 84 (1959), 253 f.; Einzelbegründung E 63, S. 195; Kottke, S. 56; Menger, VerwArch, 52 (1961) 2o9; Imboden, S. 69 ff.; Forsthoff,S.27o; Salzwedel, S. 1o5; Wolff, § 44 II d.

Der Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Vergleiches führt aber häufig zu einer Durchbrechung dieses Grundsatzes [243], denn treffen die Beteiligten eine Vereinbarung im Vergleichswege, so ist keine Gewähr gegeben, daß die im Vergleich getroffene Regelung mit dem objektiven Recht übereinstimmt [244].

Welche Leistungen [245] die Verwaltung gewähren darf oder muß bzw. fordern darf oder muß, bestimmt sich nach dem Gesetz. Schließen Behörde und Bürger einen Vergleich, dann soll sich aber nach dem Willen der Parteien aus dem Vergleich ergeben, zu welchen Leistungen eine Partei verpflichtet sein soll. Ebenso wie im Zivilrecht ist der Vergleich im Verwaltungsrecht immer Verpflichtungsgeschäft [246], wobei das Erfüllungsgeschäft allerdings mit ihm zusammenfallen kann [247]. Zwischen den beiden "Leistungsgrundlagen" Gesetz und Vergleich können sich Diskrepanzen ergeben.

Verpflichtet sich z.B. die Behörde durch Vergleich zu einer Leistung, weil Unsicherheit darüber besteht, ob oder in welchem Umfang dem Bürger nach dem Gesetz ein subjektives öffentliches Recht zusteht, dann erhält der Bürger entweder mehr als ihm zustand, und die Behörde gewährt mehr als sie durfte, oder der Bürger

---

243) Vgl. Bullinger, Notwendigkeit, S. 675; Einzelbegründung E 63, S. 195; Löwer, VerwArch 56 (1965), 237 ff.; Ule-Becker, S. 67.

244) Löwer, aaO. S. 238; Salzwedel, S. 194.

245) Leistungen im weiteren Sinne, also nicht nur der Erlaß von Verwaltungsakten.

246) Löwer, aaO. S. 259; Redeker, DÖV 1966, 544. Auf die Kategorien des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäftes wird noch einzugehen sein.

247) Vgl. Löwer, aaO. S. 26o; Weitemeyer, S. 131.

erhält weniger als ihm zustand, und die Behörde gewährt weniger als sie mußte. Daß die in dem Vergleich getroffene Regelung dem objektiven Recht entspricht, wäre Zufall [248].

Verpflichtet sich der Bürger durch Vergleich zu einer Leistung, weil Unsicherheit darüber besteht, ob und in welchem Umfang er nach dem Gesetz dazu verpflichtet, dann nimmt die Behörde mehr als sie durfte, und der Bürger gibt mehr als er mußte, oder die Behörde nimmt weniger als sie mußte, und der Bürger behält mehr als er durfte. Auch hier wäre eine Übereinstimmung von Vergleichsregelung und objektiver Rechtslage zufälliger Natur [249].

Gibt die Behörde also mehr als sie durfte oder weniger als sie mußte oder nimmt sie weniger als sie mußte, dann verstößt sie gegen einen Rechtssatz und damit gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im negativen Sinne [250]. Nimmt die Behörde mehr als sie durfte, dann verstößt sie gegen das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im positiven Sinne [251], wonach jeder Eingriff in die Rechts- oder Freiheitssphäre des Bürgers einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf.

Können sich so Bedenken gegen die Zulässigkeit eines Vergleichs sowohl aus dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im negativen wie im positiven Sinne ergeben, so gibt es aber auch Gesichtspunkte, die für den Abschluß eines Vergleichs sprechen.

---

248) Vgl. zu diesem Fall Löwer, VerwArch 56 (1965), 238.

249) Vgl. zu diesem Fall Löwer aaO.,S.239.

250) Vgl. Wolff, § 30 II a 2.

251) Vgl. Wolff, § 30 III a 1.

2) Vergleichsfordernde Gesichtspunkte

Der Vergleich dient in hervorragender Weise dem eigentlichen Ziel der gesamten Rechtsordnung, der Schaffung und Bewahrung des Rechtsfriedens [252]. Freilich darf dieses Ziel nicht einseitig auf Kosten anderer elementarer Prinzipien erstrebt werden [253]. Um auch dem Grundsatz der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht Genüge zu tun, könnte man von der Behörde verlangen, tatsächliche Ungewißheiten mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln aufzuklären und Ungewißheiten über die Rechtslage nötigenfalls im Wege des Prozesses klären zu lassen. Auch der Prozeß dient dem Rechtsfrieden.

Derartiges zu verlangen hieße allerdings, einen oft im Verhältnis zum Gegenstand der Ungewißheit unverhältnismäßig hohen Aufwand an Zeit, Arbeit und Kosten gutzuheißen [254], abgesehen davon, daß in manchen Fällen auch mit dem größten Aufwand eine Frage nicht zu klären sein wird, eine Entscheidung aber dennoch erforderlich ist [255]. Hier kann der Grundsatz sparsamer, zweckmäßiger und effektiver Verwaltung [256] den Abschluß eines Vergleichs nahelegen. Oft wird es auch wichtiger sein, daß eine Entscheidung getroffen wird und daß sie schnell getroffen wird, und weniger, wie entschieden wird [257].

Auf seiten des Bürgers kann ebenfalls ein starkes Interesse daran bestehen, ein Rechtsverhältnis nicht erst

---

252) Schick, S. 32.

253) Schick ebenda.

254) Einzelbegründung E 63, S. 196; Salzwedel, S. 195; ähnlich BVerwGE 17, 94.

255) Salzwedel, S. 194: "Unabweisbarkeit des Vergleichsinteresses."

256) S. dazu Becker, Verwaltungsverfahren S. 58.

257) Schick, S. 32.

durch möglicherweise langwierige Prozesse klären zu lassen und das Risiko des Unterliegens und aller damit verbundenen Nachteile in Kauf zu nehmen [258].

Da somit der Abschluß eines Vergleichs schon oft ein Gebot praktischer Vernunft [259] ist, ein verwaltungsrechtlicher Vergleich aber fast immer der objektiven Rechtslage zuwiderläuft, muß nach Kriterien gesucht werden, die es erlauben, einerseits dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in höchstem Maße Rechnung zu tragen, andererseits aber auch den praktischen Bedürfnissen von Verwaltung und Bürger. An Versuchen zur Lösung dieses Zielkonfliktes hat es nicht gefehlt.

b) Lösungen in Literatur und Rechtsprechung

1) Das Erfordernis der Gesetzeskongruenz

Nach einer streng dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit folgenden Meinung sollen verwaltungsrechtliche Vergleiche nur zulässig (d.h.wirksam [26o]) sein, soweit sie dem objektiven Recht nicht widersprechen [261]. Zur Begründung wird teilweise auf §§ 134, 138 BGB verwiesen. Der hierin enthaltene Rechtsgedanke, niemand könne sich wirksam zu ungesetzlichem Handeln verpflichten, gelte erst recht für die Verwaltung [262]. Teilweise werden zur Begründung die §§ 1o6 VwGO, 1o1 SGG heran-

---

258) Vgl. Löwer, VerwArch 56 (1965), 252.

259) Vgl. Kniesch, S. 5oo: "Vernünftig-, Notwendig-, Zweckmäßigkeit und Ausgleichs- sowie Rechtsfriedensfunktion sind Gesichtspunkte, die ... zum Vergleich führen."

26o) Nach früher völlig herrschender Meinung hatte die Rechtswidrigkeit eines Vertrages immer seine Nichtigkeit zur Folge. Vgl. dazu unten, zu § 45 E 63.

261) Vgl. Barth, NJW 1961, 16o5; Haueisen,DVBl 1968, 287; Mellwitz, DVBl 1962, 6o3; Schramm, MDR 1963, 89o; BSG: E 4,31 (34); NJW 1961, 1647; MDR 1962, 34o = E 16,61.

262) BSG, NJW 1961, 1646.

gezogen, wonach die Parteien einen Vergleich nur schließen dürfen, soweit sie über den Gegenstand der Klage verfügen können. Daraus folge, daß der materielle Teil eines Prozeßvergleiches und auch ein außerprozessualer Vergleich [263] nicht gegen zwingendes Recht verstoßen dürfe, denn dann seien die Parteien nicht zur Verfügung befugt [264]. Eine Verfügungsbefugnis sei der Verwaltung nur im Bereich der Ermessungsverwaltung eingeräumt [265]. Durch Vergleich dürfe der Eingriffsrahmen der Verwaltung nicht erweitert werden [266], wie auch durch Vergleich nicht Leistungen gewährt werden dürften, deren gesetzliche Voraussetzungen nicht vorlägen [267]. Ein Vergleich soll danach nur dann zulässig sein, wenn er sich innerhalb eines der Verwaltung etwa eingeräumten Ermessensspielraums hält und nicht gegen zwingendes Recht verstößt, das Gesetz also bestätigt [268] (gesetzeskongruenter Vergleich [269]).

---

263) Der materiell-rechtliche Teil eines Prozeßvergleiches und ein außerprozessualer Vergleich werden hinsichtlich der Zulässigkeitsvor aussetzungen allgemein gleichgestellt. Vgl. Haueisen,DVBl 1968, 287; Klinger, § 1o6 B; Peters-Sautter-Wolff, § 1o1, 2; Schick, S. 28.

264) Das "Verfügenkönnen" im Sinne der §§ 1o6 VwGO,1o1 SGG wird demnach als "Verfügendürfen" verstanden. Vgl. Barth NJW 1961, 16o5; Eyermann-Fröhler, § 1o6 Rdn. 4; Köhler, § 1o6 II 3; Mellwitz, DVBl 1962, 6o4; Redeker-von Oertzen, § 1o6 Rdn. 12; Ule, § 44 I; Stein, AöR 86 (1961), 328; Ule-Becker, S. 68, Ule, Planspiel S. 96.

265) Vgl. BVerwG, DÖV 1962, 424; Finke, JR 1967, 294; Koehler, § 1o6 II 3; Redeker-von Oertzen, § 1o6 Rdn. 2; Schunck-de Clerck, § 1o6, 2 f.; Ule-Becker, S. 68; Weitemeyer, S. 111; Wilke, SGb 1964,35o.

266) BVerwGE 4,114 f.; weitere Nachweise bei Löwer, VerwArch 56 (1965), 237.

267) BSG 4,31 (34); Mellwitz, DVBl 1962, 6o3; Miesbach-Ankenbrank, § 1o1, 4.

268) BSG, MDR 1962, 34o; Schramm, MDR 1963, 89o.

269) Kottke, S. 44.

2) Das Erfordernis formeller Verfügungsbefugnis

Nach anderer Ansicht ist der Abschluß eines Vergleiches auch dann zulässig, wenn sein Inhalt gegen das Gesetz verstößt (gesetzesinkongruenter Vergleich [270]), die Behörde aber zum Erlaß eines dem Vergleich entsprechenden Verwaltungsaktes formell befugt ist. § 134 BGB stehe der Zulässigkeit eines solchen gesetzesinkongruenten Vergleichs nicht entgegen. Nicht jeder zwingende Rechtssatz des öffentlichen Rechts enthalte nämlich ein Verbot im Sinne des § 134 BGB [271]. Ein Verbotsgesetz liege nur dann vor, wenn sich aus Sinn und Zweck der Norm eindeutig ergebe, daß jeder Verstoß gegen das betreffende Gesetz die unbedingte Unwirksamkeit der getroffenen Regelung nach sich ziehen solle [272]. Schon daraus, daß es sonst keine rechtswidrigen, wirksamen Verwaltungsakte geben könne, ergebe sich, daß nicht jede zwingende Norm des öffentlichen Rechts ein Verbotsgesetz sei [273]. Auch zwängen § 1o6 VwGO und § 1o1 SGG nicht dazu, die Formulierung "verfügen können" im Sinne von "verfügen dürfen" zu interpretieren. Es bestehe kein Anlaß, hier von dem üblichen, juristischen Sprachgebrauch abzugehen, nach dem zwischen dem rechtlichen Dürfen und dem weitergehenden Können differenziert werde [274]. Die Zulässigkeit eines verwaltungsrechtlichen Vergleiches hänge daher davon ab, ob die Verwaltung die Rechtsmacht zu einer Regelung habe, nicht aber davon, ob sie eine solche Regelung auch treffen dürfe [275].

---

270) Kottke, S. 44.

271) Vgl. Haueisen, DVBl 1968, 287 mwN.; Kottke, S.79; Martens, AöR 89 (1964) 459 f.

272) Siehe Palandt, § 134, 2; Staudinger-Coing, § 134,2.

273) Vgl. Haueisen, DVGl 1968, 287; Kottke, S. 8o.

274) BSG, NJW 1967, 1823.

275) Vgl. BSG, NJW 1967, 1823; NJW 1968, 176; BVerwGE 14,1o3 = DVBl 1962,6oo; E 17, 87 = DVBl 1964, 273; Haueisen, DVBl 1968, 285; Kottke, S. 49; Löwer, VerwArch 56 (1965) 125 f.; von Zastrow, JR 1967,6.

Ein Vergleich sei daher wirksam, wenn die Behörde zum Erlaß eines dem Vergleich entsprechenden Verwaltungsaktes formell befugt sei [276]. Im übrigen werde die Meinung, ein Vergleich müsse mit dem materiellen Recht übereinstimmen, um zulässig zu sein, von keinem ihrer Vertreter wirklich konsequent zu Ende geführt, da sie tatsachenbedingte Vergleiche zuließen, obwohl auchhhier die Möglichkeit bestehe, daß der Bürger eine Leistung erhalte, auf die er keinen Anspruch habe, oder eine Verpflichtung auf sich nehme, die nach dem Gesetz nicht bestehe [277].

3) Beschränkung auf tatsachenbedingte Vergleiche

In der Tat besteht Einigkeit darüber, daß ein Vergleich bei Ungewißheit über die Tatsachenlage unter gewissen Voraussetzungen zulässig ist [278]. Streitig ist hingegen, ob ein Vergleich über Rechtsfragen zulässig ist. So soll ein Vergleich über die Subsumtion eines feststehenden Sachverhaltes unter den Tatbestand einer Norm unzulässig sein [279]. Auch in zweifelhaften Fällen sei die Behörde verpflichtet, das Gesetz auszulegen und sich zu einer Entscheidung durchzuringen [280]. Sei der Bürger mit dieser Auslegung nicht einverstanden, dann seien die Gerichte zur Klärung des Streites berufen [281]. Die Behörde dürfte sich ihrer Interpretationspflicht und der Nachprüfbarkeit ihrer Entscheidung nicht durch Vergleich entziehen [282]. Auch über Rechtsfragen könne und dürfe sich die Verwaltung nicht vergleichen [283]. Ein Vergleich

276) Vgl. BVerwGE 14,1o5; Löwer,VerwArch 56(1965),152 f.
277) Vgl. Löwer, aaO. S. 276.
278) Vgl. BVerG aaO.; E 17, 94; BSG, NJW 1967,1823; Finke, JR 1967, 293; Haueisen, DVBl 1968, 288; Löwer, aaO. S.243 f.; Schick, S. 33; Ule-Becker,S.67
279) Vgl. OVG Münster, VerwRspr 4 (1952),886.
28o) Vgl. Schramm, MDR 1963,889; Ule-Becker,S.69.
281) Vgl. Schramm ebenda.
282) Vgl. Schramm ebenda.
283) Mellwitz, DVBl 1962,6o3;zustimmend Ule-Becker,S.68.

sei demnach nur zulässig, soweit die Tatsachenlage umstritten sei [284].

Demgegenüber differenziert die herrschende Meinung zwischen Vergleichen über die Sachlage oder die Rechtslage nicht [285]. Auch ein Auslegungsstreit könne im Vergleichswege beigelegt werden [286]. Die Differenzierung beruhe auf einem formalen Aspekt, dem nach rechtsstaatlichen Prinzipien keine Bedeutung beigemessen werden dürfe [287]. Man könne nicht sagen, in einem Falle habe die Behörde sich "nur" über Tatfragen, im anderen "sogar" über Rechtsfolgen verglichen [288].

4) Der erforderliche Grad der Ungewißheit

Ein anderes Einschränkungskriterium wird in dem Grad der Ungewißheit gesehen, die zur Vergleichsregelung führt. So soll bereits der äußere Umstand eines Streites genügen, um einen Vergleich zu legitimieren. Die Vergleichsmöglichkeit soll nicht von einem besonderen Grade der Ungewißheit abhängen [289].

Nach überwiegender Ansicht genügt hingegen ein bloßes Bestreiten durch den Bürger nicht, wenn die Behörde subjektiv vom Vorliegen einer Sach- oder Rechtslage überzeugt ist [29o]. Unzulässig sei ein Vergleich, nach dem von einem anderen Sachverhalt ausgegangen werden solle als dem, den die Behörde eindeutig festgestellt habe [291]. Eine Vergleichsmöglichkeit stehe der Behörde

---

284) Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 23o; Mellwitz, DVBl 1962, 6o3.
285) Vgl. die Nachweise oben, Fußn. 278).
286) Stein, AöR 86 (1961), 329, Fußn.33.
287) Löwer, VerwArch 56 (1965), 244; ähnlich Schick, S.33.
288) Löwer ebenda.
289) Löwer aaO. S. 237; vergl. auch Art.211 wüEVRO.
29o) Vgl. Schick, S. 34; Stein aaO.S.329; so wohl auch BSG, NJW 1968, 176.
291) Mellwitz aaO.S.6o3; Ule, S.148; Ule-Becker, S.68; so anscheinend aber auch Löwer aaO. S.241 f.u. Fußn. 1o8.

auch dann nicht zu, wenn sie von der Rechtslage Gewißheit habe, diese aber vom Bürger angegriffen werde.[292] Bloße Meinungsverschiedenheiten zwischen Bürger und Behörde sollen noch nicht das Recht zum Vergleich geben[293]. Ein verwaltungsrechtlicher Vergleich soll erst dann zulässig sein, wenn die Behörde selbst Zweifel an der Sach- oder Rechtslage habe[294]. Von einer solchen subjektiven Ungewißheit könnesaber erst dann die Rede sein, wenn eine gemäß der im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsmaximendurchgeführte Tatsachenermittlung zu keinem Ergebnis geführt habe[295] und, soweit es sich um Rechtsfragen handele, keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu den umstrittenen Fragen vorliege[296].

Im Ergebnis nähert sich diese Meinung der Ansicht derjenigen, die der Verwaltung eine Vergleichsmöglichkeit erst bei objektiver Ungewißheit der Sach- oder Rechtslage einräumen wollen[297]. Infolgedessen besteht auch keine terminologische Klarheit darüber, wann nur subjektive Ungewißheit und wann objektive Ungewißheit vorliegt[298].

---

292) Vgl. Ule-Becker, S. 98.

293) Schramm, MDR 1963, 889.

294) Vgl. Dithmar, NJW 1962, 2245; Grützkow, DÖV 1966, 555.

295) Vgl. Ule-Becker, S. 68; sowwohl auch Peters-Sautter-Wolff, § 101, 1 b; Schunck-de Clerck, § 106, 2 f..

296) So wohl BVerwGE 14,103.

297) So Haueisen, DVBl 1961, 836; Salzwedel, S. 194; Schick, S. 34; Ule-Planspiel, S. 95.

298) So führt Salzwedel aaO. aus, daß das Kennzeichen objektiver Ungewißheit darin zu sehen sei, daß nicht nur den jeweils Beteiligten, sondern jedem einsichtigen Betrachter die zweifelsfreie, rechtliche Kenntnis oder die vollständige Sachverhaltsermittlung verwehrt sei. Dieser objektiven Ungewißheit unterstellt Salzwedel aber auch alle Fälle, die mit unvertretbarem Verwaltungsaufwand aufklärbar wären. Eine solche Ungewißheit ist aber doch wohl nur subjektiv.

5) Die Wahrung öffentlicher Interessen

Weiter wird das Erfordernis aufgestellt, daß der Vergleichsschluß nicht gegen öffentliche Interessen verstoßen dürfe [299]. So soll die Verfügungsbefugnis der Parteien durch überwiegende öffentliche Interessen beschränkt sein [300]. Teilweise wird das genannte Erfordernis dahin eingeschränkt, daß das öffentliche Interesse dem Abschluß eines Vergleichs nur dann entgegenstehe, wenn die dem Bürger belassene oder versprochene Rechtsposition die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden würde [301].

6) Kritik

Wie sich aus der vorstehenden Darstellung der in Literatur und Rechtsprechung aufgestellten Kriterien ergibt, besteht zwar Einigkeit über die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Vergleiche, keineswegs aber Einigkeit über ihre Zulässigkeitsschranken. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich daraus, daß vor allem die älteren Stellungnahmen die Probleme der Handlungsform verwaltungsrechtlicher Verträge mit denen des Inhalts solcher Verträge vermengen, zwischen Unzulässigkeit, Rechtswidrigkeit und Unwirksamkeit von Vergleichen begrifflich nicht unterscheiden und kaum einen Versuch machen, die Kriterien, die sich auf die Vergleichssituation beziehen, mit denen in Beziehung zu setzen, die den Inhalt der Vergleichsregelung betreffen. Die Anforderungen, denen jede vertragliche Regelung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts unterliegt,

---

299) So vor allem von Barth, NJW 1961, 16o4 ff., nach dem öffentliche Interessen schon dann berührt sind, wenn die in dem Vergleich getroffene Regelung von der entsprechenden Entscheidung eines Gerichts abweichen würde.

3oo) Vgl. BVerwGE 14, 1o5; E 17, 93.

3o1) So von Löwer, VerwArch 56 (1965), 248 f., 276.

und die Anforderungen, die speziell an einen verwaltungsrechtlichen Vergleich zu stellen sind, werden dadurch in eine schwer zu durchschauende Gemengelage gebracht. Für die folgenden Ausführungen ist daher folgendes klarzustellen: Die mit der Zulässigkeit der Handlungsform des verwaltungsrechtlichen Vertrages zusammenhängende Problematik wurde oben [302] behandelt. Wann ein solcher Vertrag nichtig ist und dem verwaltungsrechtlichen Vergleich damit mittelbare Schranken gezogen werden, wird in der Untersuchung der §§ 45 E 63, E 66, 126 LVwG zu erörtern sein. Es ist hier auch nicht erforderlich, der Frage nachzugehen, welche Folgen das Fehlen der behördlichen Verfügungsbefugnis auf einen Vergleich hat, wenn auch die Problematik der Vergleichsverträge als Folge der Fassung der §§ 1o6 VwGO, 1o1 SGG häufig unter diesem Aspekt gesehen wird. Interpretiert man diese mit der herrschenden Meinung dahin, daß die Behörde die Rechtsmacht haben muß, einen dem Vergleich entsprechenden Verwaltungsakt zu erlassen, dann handelt es sich bei diesem Erfordernis der lediglich formellen Verfügungsbefugnis um eine selbstverständliche Voraussetzung [303] eines jeden verwaltungsrechtlichen Vertrages oder Verwaltungsaktes [304]. Der folgende Lösungsvorschlag beschränkt sich daher darauf, die Kriterien aufzuzeigen, bei deren Vorliegen sich Behörde und Bürger rechtmäßigerweise vergleichen dürfen, aber nur die, die den Vergleich von anderen verwaltungsrechtlichen Verträgen abheben.

---

302) S. oben S. 38 ff.

303) Löwer, VerwArch 56 (1965), 152, hält den Hinweis des § 1o6 VwGO auf die Verfügungsbefugnis der Parteien folglich für überflüssig.

304) Mit diesem Hinweis lehnen die Verfasser, Ergebnisniederschrift S. 41, den Vorschlag ab, in § 41 besonders auf die Verfügungsbefugnis hinzuweisen.

c) Lösungsvorschlag

1) Gesetzeskongruente Vergleiche

Im Bereich der gesetzesakzessorischen Verwaltung [305] stellt die Behörde einen Lebenssachverhalt fest, legt die für eine Anwendung infrage kommenden Rechtssätze aus und stellt die Rechtsfolge fest, die sich aus der Subsumtion des ermittelten Sachverhaltes unter den ermittelten Rechtssatz ergibt, manchmal aber auch in das Ermessen der Behörde gestellt ist [306].

Stimmen die so nach zutreffender Vornahme der genannten Erkenntnisakte ermittelten Rechtsfolgen mit denen überein, die Behörde und Bürger auf Grund eines Vergleiches herbeiführen wollen, dann ist der Vergleich gesetzeskongruent. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bleibt gewahrt.

Er bleibt auch dann gewahrt, wenn die Behörde auf Grund von Meinungsverschiedenheiten zwischen ihr und dem Bürger in dem Vergleich von ihrer ursprünglichen Erkenntnis in Fragen abgeht, in denen ihr ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum eingeräumt ist, soweit sie dabei diesen Spielraum nicht verläßt [307]. Bedenken gegen die Zulässigkeit derartiger gesetzeskongruenter Vergleiche und anderer gesetzeskongruenter Verträge könnten sich lediglich im Bereich der gebundenen Verwaltung aus dem Wesen des Vertrages ergeben.

Im Bereich der gebundenen Verwaltung ist den Verwaltungsorganen durch Normen ihr Verhalten zwingend

---

305) Zum Begriff s. Wolff, § 31.

306) Wolff, § 28 III a.

307) So die h.M.: s.oben S. 64 f..

vorgeschrieben. Ein Entscheidungsspielraum besteht nicht. Vertragsverhandlungen sind sinnlos, weil sie zu keinem anderen Ergebnis führen dürfen als dem vom Gesetz vorgezeichneten. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit verbietet hier der Behörde ein Nachgeben. Da zum Wesen des Vertrages aber ein gewisser Entscheidungsspielraum gehört, soll ein Vertragsschluß in diesen Fällen unzulässig sein [308]. Dem ist entgegenzuhalten, daß auch in solchen Fällen wenigstens die Vertragsfreiheit im Sinne der Abschlußfreiheit und der freien Partnerwahl auf seiten des Bürgers gegeben sein wird, im übrigen auch das Zivilrecht Verträge kennt, bei denen die Parteien bezüglich des Vertragsinhaltes keine Gestaltungsfreiheit haben [309]. Allerdings ist zuzugeben, daß jedenfalls im Bereich der gebundenen Verwaltung verwaltungsrechtliche Verträge hier neben dem Verwaltungsakt nur Mittel des Normenvollzugs sein können [310] und keinen anderen Inhalt haben dürfen als ein entsprechender Verwaltungsakt.

(Z) Soweit der Inhalt der Vergleichsregelung nicht gegen zwingendes Recht verstößt und ein etwa vorhandener Beurteilungs- oder Ermessungsspielraum eingehalten wird, bestehen daher gegen die Beilegung eines Streites zwischen Bürger und Behörde keine Bedenken, auch wenn auf seiten der Behörde keine Ungewißheit über die Sach- oder Rechtslage besteht.

---

308) Vgl. Haueisen, DVBl 1961, 835 f. mwN.

309) Hierzu ausführlich Imboden, S. 44 ff., Janknecht, S. 72; Kottke, S. 44, 55 f.; Stern, AöR 84 (1959), 285 f..

310) Vgl. dazu Kottke, S. 44; Martens, AöR 89 (1964), 431; Menger, VerwArch 52 (1961), 208; Pieper, DVBl 1967, 12 Fußn. 8; Stein, AöR 86 (1961), 326; Ule, Planspiel S. 93.

2) Gesetzesinkongruente Vergleiche

Wie oben [311] ausgeführt, ist in den meisten Fällen von Vergleichsverträgen keine Gewähr gegeben, daß die im Vergleich getroffene Regelung mit dem objektiven Recht übereinstimmt. Das gilt umso mehr, als der Abschluß eines Vergleiches häufig dadurch motiviert ist, daß die Parteien vor der Schwierigkeit resignieren, die wahre Sach- oder Rechtslage festzustellen, und in Abkehr vom Gesetz die zu erbringenden Leistungen auf eine neue, vertragliche Rechtsgrundlage stützen wollen [312].

Ist nun der Inhalt eines verwaltungsrechtlichen Vergleichsvertrages gesetzesinkongruent, dann fragt sich, ob man seinen Abschluß in jedem Fall als rechtswidrig qualifizieren muß - mit der möglichen Folge der Aufhebbarkeit oder Nichtigkeit - oder ob es Vergleichssituationen gibt, die das Eingehen eines Vergleichs rechtfertigen [313], obwohl der Inhalt der Regelung mit dem Gesetz nicht in Einklang steht.

---

311) S. oben S. 61 f..

312) Löwer, VerwArch 56 (1965), 238.

313) Expressis verbis sprechen nur die Verfasser des Entwurfs, Ergebnisniederschrift S. 41, Kottke, S. 49 und Salzwedel, S. 194, von Rechtfertigungsgründen. Ebenso dürften Löwer,aaO. S. 237 ff. und Schick, S. 33, zu verstehen sein. Auch das BVerwG, E 14, 1o6, hält es für möglich, ".. daß der Vergleich .. sich rechtfertigt." Vgl. auch BVerwGE 17, 94, wo gesagt wird, daß bei schwer zu meisternder,tatsächlicher Unklarheit der Abschluß eines Vergleichs "Rechtens" sei. Allgemein werden tatsachenbedingte Vergleiche für "zulässig" gehalten, sollen also doch wohl rechtmäßig sein, gleichgültig, ob die angenommenen Tatsachen vorlagen oder nicht. Lagen die Tatsachen nicht vor, dann kann der Inhalt der erfolgten Regelung aber nur rechtswidrig sein. Soll der Vergleichsabschluß trotzdem zulässig sein, dann muß die Vergleichssituation die inhaltliche Rechtswidrigkeit rechtfertigen.
Anders sieht das BSG, NJW 1967, 1822, NJW 1968,176, in der Vergleichssituation nur einen Umstand, der verhindert, daß inhaltlich rechtswidrige Vergleiche nichtig sind. Ihr Abschluß bleibt ein Fall rechtswidrigen Verwaltungshandelns.

Würde § 41 E 63 Gesetz, dann wäre ein unter seinen Voraussetzungen geschlossener Vergleich auch dann rechtmäßig, wenn sein Inhalt mit einer speziellen Leistungs- und Verpflichtungsnorm nicht übereinstimmt. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wird nämlich dann nicht durchbrochen, wenn der Gesetzgeber selbst ein Abweichen vom Gesetz durch (weiteres) Gesetz zuläßt. "Für diesen Fall gilt die "gesetzwidrige" Regelung als "gesetzmäßige" Regelung" [314]. Im folgenden kann es daher nur darauf ankommen, abzuwägen, ob und in welchen Situationen ein Abweichen vom Gesetz im Vergleichswege gebilligt werden kann.

aa) Vergleiche über die Sachlage

Nach der im Verwaltungsverfahren geltenden Untersuchungsmaxime ist die Behörde verpflichtet, von Amts wegen den ihre Entscheidung tragenden Sachverhalt zu ermitteln [315].

Es kann dann der Fall eintreten, daß die Behörde den Sachverhalt einwandfrei festgestellt hat, der Bürger das Vorliegen dieses Sachverhaltes aber dennoch bestreitet. Gäbe die Behörde nun nach und legte ihrer Entscheidung einen anderen als den festgestellten Sachverhalt zugrunde, dann verstieße sie nicht nur gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit, sondern außerdem gegen ihre eigene, objektiv richtige Überzeugung. Ein solcher bewußter Gesetzesverstoß kann nicht hingenommen werden. Allein die Tatsache, daß der Bürger die Überzeugung der Behörde angreift, kann einen Gesetzesverstoß nicht rechtfertigen. Eine lediglich auf seiten des Bürgers bestehende Ungewißheit ist daher unbeacht-

---

314) Zeidler, S. 45.

315) Ule-Becker, S. 67; Wolff, § 156 IV c; vgl. auch § 17 E 63.

lich [316].

(Z) Demgemäß darf ein Vergleich nicht eingegangen werden, wenn die "Ungewißheit" über die Sachlage nur darin besteht, daß Behörde und Bürger verschiedener Meinung sind, die Behörde die Sachlage aber kennt.

Weiter kann der Fall eintreten, daß die Behörde selber Zweifeltüber die Sachlage hat und folglich nicht weiß, wie sie sich entscheiden soll.

Zwar gilt auch im Verwaltungsverfahren der Grundsatz, daß die Folgen der objektiven Beweislosigkeit einer Tatsache derjenige zu tragen hat, der aus dieser Tatsache eine Rechtsfolge herleiten will [317]. Es ist aber denkbar, daß die Sachaufklärung trotz Ausschöpfen aller erdenklichen Beweismittel [318] zu keinem überwiegend negativen oder überwiegend positiven Ergebnis geführt hat. Entscheidet sich die Behörde nun im positiven Sinne, dann ist die Wahrscheinlichkeit einer Rechtsverletzung genauso groß als hätte sie sich im negativen Sinne entschieden. Hier darf der Behörde nicht verwehrt sein, im Wege des Vergleichs einen Mittelweg zu gehen [319].

Dieser objektiven Ungewißheit über den Sachverhalt muß die subjektive Ungewißheit der Behörde gleichgestellt werden, die darauf beruht, daß eine zweifelsfreie Erkenntnis der Sachlage nur unter Inkaufnahme

---

316) Vgl. Ule-Becker, S. 68; Ule, S. 148; Schick, S.34; Stein, AöR 86 (1961), 329; a.A.: v.d.Groeben-Knack, § 122, 1.2; anders wohl auch der Entwurf, Einzelbegründung S. 196.

317) Vgl. Barth, NJW 1961, 1604; Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 230; Mellwitz, DVBl 1962, 602; Haueisen, NJW 1963, 1330; Schick, S. 30; Ule-Becker, S.67; Wolff, § 156 IV c 2. Anderes gilt für Anfechtungssachen: s. Menger, Grundrechte III/2 S.747 f.

318) Fall der objektiven Ungewißheit.

319) Völlig h.M.: s. oben S. 68, Fußn.284, 285.

eines unvertretbaren Verwaltungsaufwandes erreicht werden könnte, der außer Verhältnis zu dem Gegenstand der zu treffenden Verwaltungsentscheidung steht [32o].

Der Gesetzgeber kann vernünftigerweise kein Interesse daran haben, daß etwa die Frage, ob einem Bürger ein bestimmter Geldleistungsanspruch zusteht, mit einem Verwaltungsaufwand geklärt wird, dessen Kosten die Höhe des geltend gemachten Anspruchs übersteigen [321]. Welcher Verwaltungsaufwand unverhältnismäßig ist, kann allerdings nicht einseitig nach ökonomischen Gesichtspunkten entschieden werden. Das öffentliche Interesse an der Aufklärung eines Sachverhaltes kann einen Aufwand verlangen, der die wirtschaftliche Bedeutung der zu treffenden Entscheidung übersteigt [322], so z.B. wenn es sich um Maßnahmen handelt, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung betreffen [323]. Die Grenzen der Untersuchungsmaxime sind fließend [324] und müssen daher im Einzelfall der pflichtgemäßen Beurteilung durch die Verwaltungsbehörde anheimgestellt bleiben [325].

(Z) Allgemein wird man sagen können, daß ein gesetzesinkongruenter, tatsachenbedingter Vergleich dann zulässig ist, wenn die Behörde bezüglich der Gegebenheit oder Nichtgegebenheit einer Tatsache gleichermaßen

---

32o) Vgl. Salzwedel, S. 194.

321) Siehe das Beispiel bei Löwer, VerwArch 56 (1965), 241.

322) Der Forderung des BVerwG, E 14, 1o5, E 17, 93, der Vergleich dürfe nicht gegen überwiegende öffentliche Interessen verstoßen, kann so entsprochen werden.

323) Daß ein Vergleich hier generell unzulässig sein soll, wie Löwer, aaO. S. 276, will, ist nicht einzusehen.

324) Siehe das Beispiel von Wolff, § 156, IV c 3.

325) Vgl. Einzelbegründung S. 118; v.d.Groeben-Knack, § 122 1.4.

in Ungewißheit ist [326] und die Aufklärung dieser Ungewißheit außer Verhältnis zu dem Gegenstand des Vergleichs steht [327].

bb) Vergleiche über die Rechtslage

Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verpflichtet die Behörde, das Gesetz anzuwenden, d.h. nach der Ermittlung des Sachverhaltes die in Frage kommenden Rechtssätze auszulegen und die Rechtsfolge festzustellen, die sich aus der Subsumtion des Sachverhaltes unter den Rechtssatz ergibt, manchmal aber auch in das Ermessen der Behörde gestellt ist [328].

Ähnlich wie bei Kenntnis der Sachlage ist der Behörde ein Vergleichsabschluß sicher dann zu verwehren, wenn sie das Recht kennt und einen Sachverhalt zutreffend subsumiert hat, der Bürger aber die Erkenntnis der Behörde für unzutreffend hält. Bei solchen Meinungsverschiedenheiten würde ein Nachgeben der Behörde zu einer bewußten Gesetzesverletzung führen, die nicht gebilligt werden kann [329].

(Z) Demgemäß ist ein Vergleich unzulässig, wenn die Ungewißheit über die zutreffende Auslegung und Subsumtion nur darin besteht, daß Behörde und Bürger verschiedener Meinung sind, die Behörde das Recht aber kennt [330].

---

326) So dürfte die Formulierung in § 41 E 63 "..eine bei verständiger Würdigung bestehende Ungewißheit .." wohl zu verstehen sein.

327) Die Verfasser, Ergebnisniederschrift S. 41, gehen davon aus, daß dem Vergleichsabschluß eine Ermittlung im Rahmen der Grenzen, die der Untersuchungsmaxime gesetzt sind, vorausgegangen ist.

328) Vgl. Wolff, § 28 III a, § 30 II b.

329) Der Entwurf läßt Vergleiche wohl auch hier zu: vgl. Einzelbegründung S. 196.

330) Einhellige Meinung, soweit ein Rechtsvergleich überhaupt für zulässig gehalten wird. Vgl. Schick, S. 34; Stein, AöR 86 (1961), 329; Ule-Becker, S.68.

Weiter kann der Fall eintreten, daß die Behörde selber Zweifel über die Auslegung des Gesetzes hat und gleichermaßen nicht weiß, ob eine bestimmte Norm auf den Sachverhalt Anwendung findet oder nicht.

Diese Zweifel können aus einer objektiven Ungewißheit über die Beantwortung einer Rechtsfrage resultieren, was der Fall ist, wenn niemand feststellen kann, wie die betreffende Norm auszulegen ist und welche Sachverhalte sie regeln will.

Hier kommen Fälle in Betracht, in denen das Gesetz verworren oder in sich widersprüchlich ist, Tatbestandselemente fehlen, die zu einer sinnvollen Regelung erforderlich sind oder der Tatbestand so unbestimmt ist, daß nicht geklärt werden kann, wann die Adressaten berechtigt oder verpflichtet sein sollen[331]. In diesen Fällen objektiver Ungewißheit kann ein abgeschlossener Vergleich jedoch nicht gesetzesinkongruent sein, da ein mit den obengenannten Fehlern behaftetes Gesetz nichtig ist [332]. Ein dennoch geschlossener Vergleich ist entsprechend § 779 BGB nichtig [333], da die Parteien bei einem derartigen Vergleich notwendig davon ausgehen, daß die umstrittene Norm wirksam ist [334]. Der Streit wäre nicht entstanden, wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Gesetzes gekannt hätten.

---

331) Zu den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Normklarheit und Justitiabilität vgl. BVerfG, JZ 1967,252.

332) Vgl. Wolff, § 28 I a 8.

333) Die entsprechende Anwendbarkeit des § 779 BGB ist, soweit ersichtlich, unbestritten. Vgl. Kottke, S. 96; Löwer, VerwArch 56 (1965), 264; Weitemeyer, S. 134.

334) Es kann daher Salzwedel, S. 194, nicht zugestimmt werden, der einen Vergleich für zulässig hält, wenn objektive Ungewißheit über die jeweils maßgebenden Rechtsbegriffe besteht.

(Z) Ein Rechtsvergleich ist daher unwirksam, wenn objektive Ungewißheit über die Beantwortung einer Rechtsfrage besteht.

Die Zweifel der Behörde können aber auch auf eine subjektive Ungewißheit zurückzuführen sein. Eine solche subjektive Ungewißheit liegt vor, wenn sich die streitige Rechtsfrage überhaupt klären läßt, mag dazu auch nur ein besonders hochqualifizierter Unbeteiligter in der Lage sein [335].

Prinzipiell ist zwar davon auszugehen, daß die Behörde das Recht kennt oder sich eine entsprechende Kenntnis verschaffen muß, und daher auch immer eine dieser Kenntnis entsprechende Entscheidung treffen kann und muß [336]. Diesem Erfordernis kann entgegenstehen, daß die Mittel einer jeden Behörde in sachlicher und persönlicher Hinsicht beschränkt [337] und durch die Bindung der Behörde an die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben [338] in gewissem Umfang festgelegt sind. In Verbindung mit den obengenannten praktischen Erfordernissen [339] scheint es daher gerechtfertigt zu sein, ähnlich wie bei tatsachenbedingten, gesetzesinkongruenten Vergleichen den Abschluß eines Vergleiches über Rechtsfragen dann zuzulassen, wenn der Verwaltungsaufwand, der zur Klärung der Rechtsfrage erforderlich wäre, zu ihrer Bedeutung außer Verhältnis stände [34o]. Welcher Verwaltungsaufwand unverhältnismäßig ist, kann nicht generell und nicht nach ökonomischen Gesichtspunkten allein entschieden werden.

---

335) Salzwedel, S. 194, hält allerdings auch diese Situation für einen Fall objektiver Ungewißheit.

336) Vgl. Schick, S. 29; Schramm, MDR 1963, 889; Ule-Becker, S. 69.

337) Salzwedel, S. 194.

338) Vgl. Wolff, § 3o II b 3.

339) S. oben S. 63 f.; 76 f..

34o) So auch die Einzelbegründung E 63, 196.

An die Zulässigkeit von Rechtsvergleichen sind graduell höhere Anforderungen als an die Zulässigkeit von Tatsachenbedingten Vergleichen zu stellen [341]. Zwar sind beide Vergleichsarten gleichermaßen mit der Möglichkeit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet [342]. Es darf aber nicht übersehen werden, daß Tatsachenfragen meist nur Einzelfälle, Rechtsfragen hingegen eine unbestimmte Vielzahl von Fällen betreffen können [343]. Bei Vergleichen über Rechtsfragen ist daher der Gleichbehandlungsgrundsatz in weit höherem Maße gefährdet, da hierbei häufig eine typische, wiederkehrende Ungewißheit vorliegt. Unbedenklicher sind hingegen Vergleiche, in denen durch die Atypizität [344] eines Sachverhaltes hervorgerufene Auslegungsschwierigkeiten beigelegt werden. Man wird daher bei typischen Ungewißheiten über Rechtsfragen einen höheren Verwaltungsaufwand verlangen können als den, der lediglich der wirtschaftlichen Bedeutung des Einzelfalls angemessen ist.

In jedem Fall muß gefordert werden, daß die Behörde sich mit einer etwa vorhandenen höchstrichterlichen Rechtsprechung vertraut macht und so ihre Zweifel beseitigt. Fehlt eine solche Rechtsprechung, dann wird man einen Vergleich eher zulassen können [345]. Nicht richtig wäre es, gerade in solchen Fällen von der Behörde zu verlangen, sie müsse sich zu einer einseitigen Entscheidung durchringen, um durch einen sich möglicherweise ergebenden Rechtsstreit eine für die

---

341) So wohl auch Ule-Becker, S. 68 f.; a.A. Löwer, VerwArch 56 (1965), 244, der jeden graduellen und materiellen Unterschied leugnet.

342) Insofern ist Löwer, ebenda, zuzustimmen.

343) Vgl. BVerwGE 14, 103. Hier bestand z.B. die Ungewißheit, ob zu den gesetzlichen Voraussetzungen der Gewährung einer Hausratsbeschaffungsbeihilfe nach dem Kriegsgefangenenentschädigungsgesetz ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Kriegsgefangenschaft und Mittelbedarf gehört, in einer Vielzahl von Fällen.

344) So schon Haueisen, DVBl 1961, 836 f..

345) Mit diesem Argument BVerwGE 14,106.

Fortentwicklung des Rechts bedeutsame höchstrichterliche Rechtsprechung herbeizuführen [346]. Es erscheint nicht gerechtfertigt, den Bürger durch eine potentiell rechtswidrige Entscheidung mit dem Ziel zu belasten, so die Klärung einer Rechtsfrage zu erreichen [347].

(Z) Gesetzesinkongruente Rechtsvergleiche können daher gebilligt werden, wenn die Behörde berechtigte Zweifel bezüglich einer Rechtsfrage hat, deren Beantwortung aber einen zu ihrer Bedeutung außer Verhältnis stehenden Aufwand mit sich brächte.

B) Zu §§ 41 E 66, 122 LVwG

Die Verfasser des Entwurfs sahen sich 1966 veranlaßt, § 41 neu zu fassen.

Nach § 41 E 63 k a n n ein Vergleich dann geschlossen werden, wenn bei verständiger Würdigung eine Ungewißheit über den Sachverhalt oder die Rechtslage besteht und diese Ungewißheit beseitigt werden soll. § 41 E 66 stellt nun die weitere Voraussetzung auf - der sich der Gesetzgeber von Schleswig-Holstein angeschlossen hat--, daß die Behörde zur Beseitigung der Ungewißheit "den Abschluß eines Vergleichs nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich hält." Die Verfasser [348] wollen damit zum Ausdruck bringen, daß der Vergleichsvertrag "gerechtfertigt" sein müsse. Die Behörde solle nicht schlechthin bei jedem bei verständiger Würdigung bestehenbleibendem Zweifel berechtigt sein, den gesamten Sachkomplex, in dem vielleicht nur eine Teilfrage ungewiß bleibe, durch Vergleichsvertrag zu regeln.

---

346) So aber Ule-Becker, S. 69.
347) Gegen Ule-Becker auch Grützkow, DÖV 1966, 555.
348) Ergebnisniederschrift S. 42.

In diesem neuen Passus des Entwurfs kann aber keine sachliche Abweichung von § 41 alter Fassung gesehen werden, vielmehr handelt es sich nur um eine Klarstellung. Auch das Ermessen, das § 41 E 63 der Behörde durch die "Kann"-Bestimmung einräumt, ist pflichtgemäßes Ermessen. Die Behörde übt dann ihr Ermessen nicht mehr pflichtgemäß aus, wenn sie den Grundsatz der Erforderlichkeit ihres Handelns außer Acht läßt[349]. Auch die neue Fassung vermag jedenfalls nicht, die Zulässigkeit verwaltungsrechtlicher Vergleichsverträge besser als die ursprüngliche Fassung zu begrenzen.

C) Abänderungsvorschlag

Die vorstehenden Ergebnisse legen nahe, die Vergleichssituation, die einen inhaltlich gesetzesinkongruenten Vergleich zu rechtfertigen vermag, schärfer zu kennzeichnen, als es in den behandelten Vorschriften geschehen ist. So ist insbesondere zu betonen, daß nicht jeder Streit und jede Ungewißheit für die Berechtigung zum Abschluß eines solchen Vertrages genügt, sondern daß sich die Behörde erst in einem bestimmten Rahmen um die Aufklärung der Ungewißheit zu bemühen hat. Eine Normierung der Zulässigkeit gesetzeskongruenter Vergleiche kann unterbleiben, da die Behörde einen Vertrag mit rechtmäßigem Inhalt auch unabhängig vom Vorliegen eines Streites oder einer Ungewißheit schließen darf. § 41 könnte dann folgende Fassung erhalten:

---

349) Ule-Sellmann, DVBl 1967, 839.

"§ 41

Vergleichsvertrag

Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag im Sinne des § 4o Satz 2 kann abgeschlossen werden, wenn bei verständiger Würdigung eine Ungewißheit über den Sachverhalt oder die Rechtslage besteht, deren Aufklärung unmöglich ist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde, und die Behörde zur Beseitigung dieser Ungewißheit den Abschluß eines Vergleichs nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich hält."

3. Kapitel

Austauschvertrag nach §§ 42 E 63, E 66, 123 LVwG

Einen weiteren [350], wichtigen Fall des verwaltungsrechtlichen Vertrages, den subordinationsrechtlichen Austauschvertrag, behandeln die §§ 42 E 63, E 66, 123 LVwG im Inhalt übereinstimmend [351]. Die Untersuchung kann daher auf § 42 E 63 beschränkt werden.

A) Zu § 42 E 63

I) Die Entscheidung des Entwurfs

Nach § 42 Abs. 1 E 63 sind Verträge, in denen sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, zulässig, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Weiter muß die Gegenleistung angemessen sein und in sachlichem Zusammenhang mit der vertraglichen Verpflichtung mit der Behörde stehen.

Nach Absatz 2 kann dann, wenn auf die Leistung der Behörde ein Anspruch besteht, nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlaß eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung sein könnte, was der Fall ist, wenn die Nebenbestimmung durch Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sie sicherstellen soll, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsaktes erfüllt werden [352].

---

350) Zu beachten ist, daß auch Vergleichsverträge Austauschverträge sein können und umgekehrt. Vgl. Kniesch, Vergleich S. 512; Redeker, DÖV 1966, 548.

351) Die in § 42 E 63, E 66, 123 LVwG in Bezug genommenen §§ 28 E 63, E 66, 107 LVwG stimmen überein. In § 28 E 66 fehlt die Bestimmung nach § 28 IV E 63.

352) Vgl. §§ 28 II E 63, E 66, 107 II LVwG.

Die Vorschrift wird folgendermaßen begründet:[353] Die Zulassung von Austauschverträgen, auch unabhängig von Sonderermächtigungen in Spezialgesetzen, sei erforderlich, damit auch in atypischen Fällen das vom Gesetzgeber gesetzte Ziel verwirklicht werden könne, wenn es sich über den üblichen Aufgabenvollzug durch Verwaltungsakt nicht erreichen lasse. Ihre rechtliche Ausgestaltung solle einerseits den Bürger vor solchen Bindungen schützen, die auch unter Berücksichtigung des Vertragsverhältnisses und der dadurch geschaffenen "do ut des"-Beziehung nicht gerechtfertigt erschienen. Sie solle aber auch verhüten, daß die im Interesse sinnvollen Verwaltungsvollzugs vorgesehene Zulassung von Austauschverträgen zu dem mitunter befürchteten Ausverkauf von Hoheitsbefugnissen führe. Es fragt sich, wieweit diese Ziele erreicht wurden.

II) Kritische Stimmen

Schon in der ersten Zielsetzung des Entwurfs, der Verwaltung für atypische Fälle ein gegenüber dem Verwaltungsakt elastischeres Handlungsmittel in Gestalt des verwaltungsrechtlichen Vertrages an die Hand zu geben, wirft Bullinger[354] dem Entwurf eine unklare Konzeption vor. Nach § 28 E 63 könne die Verwaltung einem begünstigenden Ermessensakt eine belastende Nebenbestimmung beifügen, sofern nur die Belastung der Zweckbestimmung des Verwaltungsaktes nicht zuwiderlaufe. Als Gegenleistung für die Begünstigung könnten daher beliebige, von der Begünstigung her gesehen sachfremde Vorteile für den Verwaltungsträger erwirkt werden, vorausgesetzt, daß die Begünstigung und der erwirkte

353) Einzelbegründung E 63, S. 196.
354) Bullinger, Notwendigkeit S. 676.

Austauschvorteil nicht in eine Zweckkollision gerieten, was umso weniger der Fall sein werde, je weiter sich der Austauschvorteil vom Zweck der Begünstigung entferne. § 42 E 63 dagegen verlange lediglich, daß die Gegenleistung des Bürgers angemessen sein und in sachlichem Zusammenhang mit der vertraglichen Verpflichtung der Behörde stehen müsse. Der Austausch-Verwaltungsakt gebe der Behörde daher merklich größeren Spielraum als der Austauschvertrag.

Aus dieser Stellungnahme Bullingers darf allerdings nicht geschlossen werden, daß er die Zulässigkeitsschranken, die § 42 dem Austauschvertrag setzt, für zu eng ansieht. Soweit § 42 fordert, daß die Gegenleistung des Bürgers angemessen sein müsse, handelt es sich nämlich um ein selbstverständliches Erfordernis, den das gesamte Verwaltungsrecht beherrschenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit [355]. Soweit die Gegenleistung der Behörde zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen muß, ist die Zweckbestimmung der Gegenleistung recht vage beschrieben; gesagt ist damit nur, daß die Gegenleistung nicht der Erfüllung fremder Aufgaben dienen darf. Einziges Erfordernis mit einem gewissen materiellen Gehalt ist daher das Erfordernis eines sachlichen Zusammenhangs zwischen Leistung und Gegenleistung.

Das veranlaßt Menger und Erichsen [356] zu der Befürchtung, die Verwaltung werde bei dem weitgesteckten Rahmen, den der Entwurf für richtig befinde, im Vertrag ein Mittel sehen, ihre Bindung an das Gesetz zu durchbrechen, indem sie sich in den gezogenen Grenzen Verhalten versprechen lassen werde, die sie mangels gesetzlicher Grundlage im Wege der Eingriffsverwaltung nicht

---

355) Vgl. auch § 73 II LVwG.
356) Menger-Erichsen, VerwArch 58 (1967), 176.

durchsetzen könnte. In dieselbe Richtung geht die Kritik Dombrowskis [357], wenn er dem Entwurf vorwirft, er fordere nicht das Bestehen einer Leistungspflicht des Einzelnen in dem Sinne, daß die Verwaltung mittels Koppelung vom Betroffenen keine Leistung fordern dürfe, die dieser nicht kraft Rechtssatzes sowieso erbringen müsse.

Es bestehen aber nicht nur Zweifel, ob die Verfasser ihr erstes Ziel, den Bürger vor ungerechtfertigten Bindungen zu schützen, erreicht haben, sondern auch, ob § 42 E 63 wirklich den viel befürchteten Ausverkauf von Hoheitsrechten verhindert. Menger und Erichsen [358] befürchten jedenfalls, daß sich der Staat seine gesetzlich vorgesehenen Gewährleistungen abkaufen lassen könnte.

III) Stellungnahme

a) Problemstellung

Wie der Vergleichsvertrag, so ist auch der Austauschvertrag ein Verpflichtungsgeschäft (gegenseitiger Vertrag). Schon bei der Erörterung verwaltungsrechtlicher Vergleichsverträge wurde dargelegt [359], daß die Parteien beim Abschluß eines Verpflichtungsvertrages die von ihnen zu erbringenden Leistungen [360] nicht auf das Gesetz, sondern auf den Vertrag stützen wollen.

---

357) Dombrowski, S. 112 f..

358) Menger-Erichsen, VerwArch 58 1967, 176 f.; expressis verbis nur für das dort besprochene Urteil des BGH vom 14.7.1966. Ihre Bedenken beziehen sich aber gleichermaßen auf § 42 E 63.

359) S. oben S. 6o f..

360) Unter Leistung soll hier wie im folgenden jedes Verhalten der Behörde verstanden werden.

Leistungsgrundlage soll nicht wie beim Verwaltungsakt das Gesetz, sondern der Vertrag sein. Gewährt man wie der Entwurf der Verwaltung in weitem Umfang das Recht, von dem Verwaltungsmittel "Vertrag" Gebrauch zu machen, so muß Vorsorge getroffen werden, daß sich das Verwaltungshandeln nicht den ihm auferlegten rechtsstaatlichen Bindungen entzieht. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die Autonomie von Vertragspartnern sind gegeneinander abzugrenzen. Dabei gilt es, wie die Verfasser des Entwurfs auch dargetan haben [361], bei Austauschverträgen einmal den viel befürchteten Ausverkauf von Hoheitsrechten zu verhindern und zum anderen den Bürger vor ungerechtfertigten Belastungen zu schützen. Diesen Zielen entspricht einmal die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Behörde sich rechtmäßigerweise verpflichten darf, eine Leistung zu erbringen, und zum anderen die Frage, welche Gegenleistung die Behörde sich versprechen lassen bzw. fordern darf, wann sie also eine Leistung mit einer Gegenleistung koppeln darf.

b) Die Schranken vertraglicher Verpflichtungen

Eine rechtmäßige Koppelung von Verpflichtungen bzw. von Leistungen im Rahmen einer "do ut des"-Beziehung kommt nur dann in Betracht, wenn die Parteien hinsichtlich der einzelnen Verpflichtungen bzw. Leistungen rechtmäßig handeln. Es ist daher von den Verpflichtungen, die Behörde und Bürger eingehen dürfen, und den Leistungen, die sie erbringen dürfen, auszugehen.

1) Gesetzeskongruente Verpflichtungen

Der Bürger darf im Rahmen der Vertragsfreiheit alle möglichen Verpflichtungen eingehen und alle Leistungen

361) S. Einzelbegründung S. 196 f..

gewähren bis zu den allgemeinen Schranken wie Sittenwidrigkeit oder gesetzlichem Verbot.

Der Behörde hingegen sind engere Grenzen gesetzt [362]. Liegt die von ihr zu gewährende Leistung in einem durch Gesetz, Verordnung oder Satzung erfaßten Bereich [363], dann darf sich die Behörde rechtmäßigerweise nur dann zu einer Leistung vertraglich verpflichten, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen für die Gewährung der Leistung vorliegen: die Behörde darf sich nur soweit verpflichten, wie sie leisten darf. Die Grenzen der Leistungsbefugnis ergeben sich aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im Sinne des Vorrangs des Gesetzes [364], der die Verwaltung in unterschiedlichem Umfang binden kann, je nachdem, ob die in Frage stehende Leistung auf dem Gebiet der gebundenen Verwaltung oder der Ermessungsverwaltung erbracht werden soll.

Liegt die zu gewährende Leistung im nicht ausdrücklich normierten Rechtsbereich, ist sie also nicht gesetzlich vorgeregelt, dann hängt die Bestimmung der behördlichen Verpflichtungsschranken von der Reichweite des Grundsatzes vom Gesetzesvorbehalt ab, dessen Umfang allerdings umstritten ist. Die Frage, ob der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes auch auf dem Gebiet der leistungsgewährenden Verwaltung gilt, wird von der wohl noch herrschenden Ansicht verneint [365].

---

362) Vgl. zum Folgenden auch Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 223 ff.

363) Diese Qualifizierung kann im Einzelfall nur durch Auslegung des betreffenden Rechtssatzes getroffen werden. Vgl. dazu die Beispielgruppen, die Beinhardt aaO.,S. 224 Fußn.187, aufstellt.

364) Vgl. dazu Maunz-Dürig, Art.2o Rdn.128, 129; Wolff, § 3o II.

365) Vgl. BVerfGE 8, 155 (167); v.d.Groeben-Knack, § 72, 3.3; Peters, Festschr. Huber, S. 2o6 f.; Lerche, NJW 1961, 1758 f.; Schneider, NJW 1962, 1274; Wolff,§ 3o II c; Kniesch, S. 191 ff..

Demgegenüber stellt die neuere Lehre die Forderung auf, daß im Rechtsstaat jedes Verwaltungshandeln einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf [366]. Da dieser Streit hier nicht entschieden werden kann, soll der vermittelnden Meinung des Bundesverwaltungsgerichts gefolgt werden, wonach für die leistungsgewährende Verwaltung neben dem förmlichen Gesetz auch eine andere parlamentarische Willensäußerung, insbesondere die Bereitstellung von Mitteln im Haushaltsplan, als eine hinlängliche Legitimation anzusehen ist [367]. Weitergehende Verwaltungsleistungen sind nicht mehr demokratisch legitimiert und daher unzulässig.

Liegen diese Voraussetzungen, unter denen die Verwaltung zu einer Leistung befugt ist, nicht vor, dann darf die Behörde diese Leistung nicht erbringen und darf sich zu einer solchen Leistung nicht verpflichten, mag die vom Bürger gebotene Gegenleistung auch noch so verlockend sein. Ein Austauschvertrag ist daher rechtswidrig, wenn die Verpflichtung der Behörde auf eine Leistung gerichtet ist, die nicht wenigstens durch eine parlamentarische Willensäußerung gedeckt ist, oder wenn die spezialgesetzlichen Voraussetzungen ihrer Gewährung nicht vorliegen [368].

---

366) Vgl. Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 217; Bellstedt, DÖV 1961, 164; Czermak, NJW 1961, 176o; Lepsien, S. 148 f.; Ipsen, S. 41; Menger, VerwArch 51 (196o) 154 f.; 52 (1961) 196; Maunz-Dürig, Art.2o Rdn.135 f.; Stein, AöR 86 (1961), 322; Stern, JZ 196o, 557; VG Frankfurt, DVBl 1961, 53.

367) Vgl. BVerwGE 6, 282 (287 f.); DVBl 1963, 859; E 2o, 1o1; NJW 1969, 8o9.

368) Vgl. Beinhardt, aaO. 217 ff., 227; Menger, VerwArch 52 (1961), 2o8 f.; Menger-Erichsen, VerwArch 58 (1967), 176; Scheerbarth, S. 1o6; Stein, aaO., 326. Auch das Bundesverwaltungsgericht, DVBl 1967, 44, verweist nicht nur auf den Vorbehalt des Gesetzes, sondern auf den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung (im positiven Sinne).

2) Rechtfertigende Austauschlagen

Die genannten grundsätzlichen Schranken der Verpflichtungsbefugnis der Behörde werden in § 42 E 63 nicht sichtbar und wären, da es sich um Verfassungsgrundsätze handelt, auch entbehrlich, wenn die Verfasser des Entwurfs nicht der Meinung wären, daß die Behörde um einer Gegenleistung willen vertraglich mehr Rechte als durch Verwaltungsakt im konkreten Fall gewähren dürfe [369]. Sollte damit gemeint sein, daß die Verwaltung Leistungen gewähren darf, obwohl die normativen Voraussetzungen ihrer Gewährung nicht vorliegen, läge darin eine Durchbrechung des Art. 2o Abs. 3 GG [37o]. Fraglich ist allerdings, ob es nicht wie bei Vergleichsverträgen Situationen gibt, die das Eingehen einer gesetzesinkongruenten Verpflichtung seitens der Behörde rechtfertigen, im konkreten Fall, ob es nicht Interessenlagen gibt, in denen de lege ferenda eine ausnahmsweise zulässige Durchbrechung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes anerkannt werden soll, mit der Wirkung, daß die Verwaltung in besonders gelagerten Fällen gesetzlich vorgesehene Leistungen gewähren darf, obwohl ihre spezialgesetzlichen Voraussetzungen nicht vorliegen.

Auf solche besonderen "vertragsfordernden Austauschlagen" weist besonders Salzwedel [371] hin. Es könne Fälle geben, in denen das Austauschinteresse der Verwaltung so intensiv sei, daß es durchaus unvernünftig erscheinen müsse, wolle man die Verwaltung ungeachtet der Besonderheiten des Einzelfalles streng an die Beobachtung zwingend vorgegebener Regelungen

369) Einzelbegründung E 63, S. 197; ähnliche Ausführungen finden sich bei Wach, DVBl 1967, 47.

37o) Vgl. BVerwG, DVBl 1967, 43 = DÖV 1966, 756.

371) Salzwedel, S. 129 ff.

binden [372]. In solchen Fällen dürfe die Verwaltung die ihr an die Hand gegebenen hoheitlichen Befugnisse als Tauschobjekt behandeln [373]. Solche Austauschverträge, in denen gegen zwingendes Recht verstoßen werde, seien aber nur dann zulässig, wenn auf Grund einer Güterabwägung festgestellt werden könne, daß das konkrete Staatsinteresse (das Austauschinteresse der Verwaltung) die in den Normen verobjektivierten Staatsinteressen übertreffe [374]. Aber auch Salzwedel betont, daß es solche Verträge nur in seltenen Ausnahmesituationen geben dürfe und bei weitem nicht in dem Umfang, in dem er bei Vergleichsverträgen einen Verstoß gegen zwingendes Recht für zulässig erachte [375].

In der Tat besteht zwischen gesetzesinkongruenten Austauschverträgen und gesetzesinkongruenten Vergleichsverträgen ein wesentlicher Unterschied. Schließen Behörde und Bürger einen Vergleichsvertrag, dann wird der Vergleich typischerweise gerade deshalb geschlossen, weil die Beteiligten nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand feststellen können, wie sie sich rechtmäßigerweise verhalten sollen, und daher das Risiko einer Rechtsverletzung gleichmäßig verteilen wollen [376]. Beim Abschluß eines Austauschvertrages hingegen kennen die Parteien das Recht in der Regel, und es bedarf schon

---

371) Salzwedel, S. 229 ff.

372) Ähnliches klingt m.E. in der Einzelbegründung E 63, S. 196, an, wenn die Verfasser ausführen, daß die Zulassung von Austauschverträgen erforderlich sei, damit auch in atypischen Fällen das vom Gesetzgeber gesetzte Ziel verwirklicht werden könne, wenn es sich über den üblichen Aufgabenvollzug durch Verwaltungsakt nicht erreichen lasse.

373) Zustimmend Kottke, S. 49, 51.

374) Als weitere Voraussetzungen stellt Salzwedel das Erfordernis auf, daß das vertragsfordernde Interesse nur durch einen Austauschvertrag befriedigt werden kann (S. 230), und daß die Wertrelation zwischen Leistung und Gegenleistung angemessen ist (S. 231).

375) Salzwedel, S. 229.

376) S. oben S. 61 f..

einer ganz besonderen Sachlage, wenn der Behörde dennoch gestattet werden soll, entgegen dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns Leistungen zu versprechen. M.E. kann der Verwaltung eine solche Befugnis nur in echten Notfällen zugestanden werden [377], bloße Verwaltungsinteressen, mögen sie auch noch so berechtigt sein und das Interesse der Allgemeinheit an der Einhaltung einer Norm im Einzelfall sogar übersteigen, rechtfertigen einen solchen gesetzesinkongruenten Austauschvertrag nicht [378]. Ein Bedürfnis, besonderen Austauschinteressen der Verwaltung durch eine gesetzliche Einschränkung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes Rechnung zu tragen, indem der Verwaltung das Recht eingeräumt wird, durch Vertrag Leistungen praeter oder contra legem zu gewähren, besteht nicht, da sich die seltenen Fälle, in denen sich ein solches Verwaltungshandeln billigen läßt, etwa nach den Grundsätzen der Nothilfe, des übergesetzlichen Notstandes oder der Pflichtenkollision rechtfertigen lassen.

(Z) Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die Verwaltung sich auch im Wege des Austauschvertrages nicht zur Gewährung einer Leistung verpflichten darf, die nicht wenigstens durch eine parlamentarische Willensäußerung gedeckt ist oder deren spezialgesetzliche Voraussetzungen nicht vorliegen. Ein Ausverkauf von Hoheitsrechten wäre sonst zu befürchten. Da sich dieses Ergebnis schon aus einer ergänzenden, verfassungskonformen Auslegung des § 42 E 63 ergibt, kann von einer Normierung dieses Grundsatzes innerhalb des § 42 abgesehen werden.

---

377) Allerdings wird hier der Verwaltung meist eine andere, gesetzeskongruente Möglichkeit gegeben sein, sich die Leistung des Bürgers zu verschaffen.

378) Hier weist Bullinger, S. 44, zu Recht auf die Gefahren hin, die dem Rechtsstaat drohen, wenn man Verwaltungshandeln mit dem Hinweis auf praktische Bedürfnisse zu rechtfertigen beginnt. Vgl. auch Scheerbarth, S. 143.

c) Die Schranken vertraglicher Koppelungen

Ergeben sich Schranken inhaltlicher Zulässigkeit von Austauschverträgen schon aus der beschränkten Verpflichtungsbefugnis der Partner, so können sich weitere Schranken aus dem Umfang der Befugnis ergeben, Gegenleistungen für die eigene Leistung zu verlangen bzw. sich versprechen zu lassen.

Auf seiten des Bürgers bestehen auch hier nur die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit: er darf sich z.B. Gegenleistungen bis an die Grenzen des Wuchers versprechen lassen.

Anders die Verwaltung: sie arbeitet weder kommerziell nach dem Prinzip des "do ut des", noch ist sie befugt, jeden Vorteil, den eine begünstigende Maßnahme verursacht, mit Hilfe einer Gegenleistung abzuschöpfen [379]. Grundsätzlich darf der Staat sich die Wahrnehmung amtlicher Aufgaben nicht bezahlen lassen und von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig machen [38o]. Damit ist gleichzeitig gesagt, daß ein Verbinden von Leistung mit Gegenleistung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts (Koppelung [381]) als Ausnahme von der Regel zu charakterisieren ist [382]. Bei der Eingrenzung dieser Ausnahmen soll nach der Intensität des Rechts, das der Bürger vor Vertragsschluß auf die Leistung hat, differenziert werden [383].

---

379) Willigmann, DVBl 1963, 229.

38o) BGH, DVBl 1967, 37; Kottke, S. 98.

381) Zum Begriff der Koppelung s. Dombrowski, S. 14 ff.

382) Vgl. Willigmann, aaO., S. 23o.

383) Anders differenziert Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 223 ff, danach, ob die vertragliche Regelung im Bereich der gebundenen oder der Ermessungsverwaltung erfolgt. Da es aber für die Zulässigkeit einer Koppelung entscheidend darauf ankommt, ob der Bürger einen Anspruch auf die Leistung hat, führt eine solche Einteilung zu Unklarheiten.

Forts. S. 96

1) Koppelungen bei gesetzlich vorgeregelten Leistungen, auf die der Bürger einen Anspruch hat

Ein Anspruch des Bürgers auf eine gesetzlich vorgesehene Leistung wird sich meist im Bereich der gebundenen Verwaltung ergeben, kann sich aber auch im Bereich der Ermessensverwaltung ergeben, wenn ein Fall der sog. Ermessungsschrumpfung [384] vorliegt. Die Behörde ist dann nach dem Gesetzmäßigkeitsgrundsatz verpflichtet, den Anspruch des Bürgers vorbehaltslos zu erfüllen. Daraus folgt, daß die Behörde keine Gegenleistung verlangen darf, da sonst der Anspruch des Bürgers dem Willen des Gesetzgebers entgegen eingeschränkt würde. Eine Gegenleistung darf daher nur auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung verlangt werden.[385]

Es fragt sich, ob das Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung nicht durch eine von dem Bürger vertraglich erklärte Bereitschaft ersetzt werden kann, für die Leistung der Behörde eine Gegenleistung zu gewähren [386]. Unter Berufung auf den Satz

---

Forts. v. S.95:
Trotz Gebundenheit der Verwaltung kann ein Anspruch nicht bestehen, und trotz eingeräumten Ermessens kann ein Anspruch bestehen. Vgl. Menger-Erichsen, VerwArch 57 (1966), 181; Wolff, § 31 IIe.

384) Vgl. Wolff, ebenda.

385) Vgl. Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 223 f.; v. Campenhausen, DÖV 1967, 666; v.d.Groeben-Knack, § 123, 2.1.2.; Martens, AöR 89 (1964), 449; Willigmann, DVBl 1963, 23o; Wolff, § 42 III a, § 44 II b.

386) Dieser Auffassung scheinen die Verfasser des Entwurfs, Einzelbegründung S. 197, zu sein, wenn sie ausführen, daß beim Austauschvertrag die Leistung des Bürgers gerade typisch in einer Verpflichtung bestehe, die ihm mangels Rechtsgrundlage durch Verwaltungsakt nicht auferlegt werden könnte, weil die Verpflichtung des Vertragspartners nicht durch eine gesetzliche Vorschrift, sondern durch den Konsens der Beteiligten gedeckt sei. Anders aber Einzelbegründung S. 193: Behörden könnten ihre hoheitlichen Befugnisse nicht durch Vertrag erweitern. So schon Friedrichs, JW 1925, 2487.

"volenti non fit iniuria" könnte man dann in der vertraglichen Erklärung des Bürgers einen Verzicht auf den ihm durch das Gesetzmäßigkeitsprinzip gewährten Schutz sehen, denn von seiten des Bürgers besteht ja völlige Vertragsfreiheit. Es besteht jedoch Einigkeit, daß der Grundsatz "volenti non fit iniuria" im Verwaltungsrecht nur sehr eingeschränkte Bedeutung haben kann [387]. Die Verwaltung ist auch hinsichtlich des Sich-Gewährenlassens gesetzesgebunden, d.h. selbst wenn der Bürger damit einverstanden wäre, mehr zu geben, als er nach dem Gesetz geben müßte, darf der abzuschließende Vertrag dem Bürger nicht mehr Verpflichtungen zum Geben auferlegen, denn die Verwaltung darf sich vom Bürger nichts "schenken" lassen [388]. "Die Verpflichtung, das Recht zu wahren, liegt der Verwaltung einfach deshalb ob, weil die Verfassung sie ihr auferlegt hat" [389]. Das Gesetzmäßigkeitsprinzip ist objektives, zwingendes Recht, in dessen Bereich der Satz "volenti non fit iniuria" keine [390] Gültigkeit hat [391]. Zudem wäre es bei der Vielfältigkeit der Abhängigkeiten des Einzelnen vom Staat problematisch, auf das Kriterium der Freiwilligkeit abzustellen [392].

---

387) Vgl. Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 224; Forsthoff, DVBl 1957, 725; Imboden, S. 71; Lepsien, S. 151; Rupp, Jus 1961, 62; Stein, AöR 86 (1961), 321; Wolff, § 3o II b 1.

388) Menger, VerwArch 52 (1961) 2o9.

389) BVerwGE 5, 135.

39o) Fleiner, S. 269, will der vertraglichen Zustimmung des Bürgers zur freiwilligen Übernahme von Pflichten auf dem Gebiet des Polizeirechts eine gewisse Bedeutung zukommen lassen.

391) Willigmann, DVBl 1963, 232.

392) Vgl. Forsthoff, DVBl 1957, 725; sehr anschaulich zu den Wirkungen einer Koppelung: Willigmann, DVBl 1963, 229, 232: Koppelung ist kalter Zwang; ebenso Dombrowski, S. 15; a.A. Pieper, DVBl 1967, 14, der auf das Merkmal der Freiwilligkeit abstellen will.

Daraus folgt, daß dann, wenn der Bürger einen Anspruch auf eine gesetzlich vorgeregelte Leistung hat, eine Gegenleistung nur so weit vereinbart werden darf, wie sie durch eine besondere gesetzliche Ermächtigung gedeckt ist.

Weiter wird jedoch allenthalben der Satz aufgestellt, daß sich die Verwaltung eine Gegenleistung versprechen lassen darf, die lediglich in der Herstellung der gesetzlichen Voraussetzungen der durch die Verwaltung versprochenen Leistung besteht [393]. So selbstverständlich die Zulässigkeit eines solchen Vertrages auch erscheinen mag, so darf doch nicht übersehen werden, daß hier die Behörde dem Vertrag zufolge eine Leistung erzwingen kann, die sie sonst dem Bürger mangels gesetzlicher Ermächtigung nicht abverlangen dürfte. Lag es vor Vertragsschluß in der Hand des Bürgers, die einen Anspruch begründenden Voraussetzungen herbeizuführen oder nicht [394], so kann er nach Vertragsschluß dazu gezwungen werden. Dennoch wird man einen solchen Vertrag unbedenklich für zulässig halten dürfen, da es sich hierbei nicht um eine Abänderung gesetzlich festgelegter Rechtsbeziehungen handelt, sondern um die Herbeiführung solcher Rechtsbeziehungen. Es werden keine Leistungen contra oder praeter legem vereinbart, vielmehr einigen sich die Partner genau auf die durch den Gesetzgeber vorgezeichnete Entscheidung, bei Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes eine Leistung zu gewähren.

---

393) Vgl. Bachof, JZ 1962, 748; von Campenhausen, DÖV 1967, 666; Dombrowski, S. 15; Willigmann, DVBl 1963, 233; Wolff, § 44 II b 3, § 48 II c.

394) Anders und daher unproblematisch sind die Fälle, in denen die Ausübung einer Berechtigung zugleich Inhalt einer Verpflichtung ist. Vgl. dazu Fleiner, S. 179; Wolff, § 43 III e 1. Hier kann die Herbeiführung der gesetzlichen Voraussetzungen der Berechtigung eine durch Gesetz auferlegte und daher ohnehin zulässige Verpflichtung sein.

(Z) Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die Behörde für eine Leistung, auf deren Gewährung der Bürger einen Anspruch hat, eine Gegenleistung nur dann verlangen kann, wenn sie durch besondere gesetzliche Ermächtigung zugelassen ist oder lediglich die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungshandelns schafft. Diesen Erfordernissen entspricht die in § 42 Abs. 2 i.V.m. § 28 E 63 getroffene Regelung, gegen die folglich keine Bedenken bestehen. Es wäre lediglich zu empfehlen, in § 42 Abs. 2 klarzustellen, daß nur auf § 28 Abs. 2 Bezug genommen wird.

2) Koppelungen bei gesetzlich vorgeregelten Leistungen, deren Gewährung in das Ermessen der Behörde gestellt ist

Im Bereich der Ermessensverwaltung hat der Bürger in der Regel [395] keinen Anspruch auf eine Leistung, sondern nur einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Leistung. Der Behörde ist dann bei der Entscheidung der Frage, ob eine Leistung oder (und) welche Leistung gewährt wird, Freiheit gegeben, so daß sie zwischen mehreren Möglichkeiten rechtmäßigen Verhaltens diejenige wählen kann, die sie im Einzelfall für die zweckmäßigste hält [396]. Dieser größeren Entscheidungsbreite könnte eine weitergehende Befugnis der Behörde entsprechen, eine Gegenleistung zu verlangen. Zu klären ist dabei nur, ob und wieweit die Behörde eine Gegenleistung verlangen darf, weil die Gewährung der Leistung in ihr Ermessen gestellt ist.

(Z) Soweit die Behörde durch Gesetz ermächtigt ist, eine Gegenleistung zu verlangen, oder die Gegenleistung nur

---

395) Ausgenommen also den oben, S. 96, behandelten Fall.
396) Vgl. Wolff, § 31 II.

der Herbeiführung der gesetzlichen Voraussetzungen der Leistung dient, ist ihre Zulässigkeit schon wie im vorhergehenden Abschnitt [397] zu befürworten.

aa) Das Überwiegen positiver Umstände

Die Behörde kann nach Abwägung aller pflichtgemäß zu berücksichtigenden Umstände und ohne Berücksichtigung einer möglicherweise zu erlangenden Gegenleistung zu dem Ergebnis kommen, daß die positiven, eine Leistung befürwortenden Umstände überwiegen. Gewährt die Behörde die Leistung dann dennoch nicht, so verstößt sie gegen das Verbot willkürlichen Verhaltens [398] und verletzt damit [399] den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Kaum anders zu betrachten ist dann der Fall, in dem die Behörde dem Bürger die Leistung zwar gewährt, aber eine Gegenleistung verlangt. Hier wird nämlich die Leistung eingeschränkt, obwohl die Behörde nach Abwägung der pflichtgemäß zu berücksichtigenden Umstände zu dem Ergebnis kam, daß die eine uneingeschränkte, begünstigende Ermessensausübung ermöglichenden Umstände vorliegen. Sich außerdem noch eine Gegenleistung gewähren zu lassen, widerspräche dem Sinn des eingeräumten Ermessens, das im Bereich der leistenden Verwaltung grundsätzlich auf das Geben, nicht aber auf das Nehmen gerichtet ist [4oo].

---

397) S. oben S.96 ff.

398) S. dazu Wolff, § 3o II b 1, § 31 II c 3.

399) Es liegt kein Fall der Ermessensschrumpfung vor, denn die Behörde könnte und dürfte auch zu einem anderen Ergebnis kommen.

4oo) Stein, AöR 86 (1961), 326: "Ihr Sinn (der dispositiven Verwaltungsrechtsnorm) besteht darin, der Verwaltungsbehörde eine weiter reichende Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles zu ermöglichen, um den Zweck des Gesetzes desto besser verwirklichen zu können, nicht darin, der Behörde ein für Tauschhandel geeignetes Objekt zuzuspielen."

bb) Das Überwiegen negativer Umstände

Kommt die Behörde auf Grund ihrer Erwägungen zu dem Ergebnis, daß die einer Leistung entgegenstehenden Umstände überwiegen, dann verstößt sie gegen das Verbot willkürlichen Handelns, wenn sie die Leistung, über die sie ja nach ihrem G u t dünken [401] entscheiden soll, dennoch gewährt. Rechtswidrig handelt die Behörde dann auch, wenn sie die Leistung nur auf Grund der Tatsache gewährt, daß ihr eine Gegenleistung geboten wird, obwohl die Umstände, die gegen die Leistung sprachen, unverändert fortbestehen, die Leistung also abgelehnt werden müßte. Ein solches Verhalten der Behörde wird man mit Stein [402] in der Tat nur als "Kuhhandel" bezeichnen können.

cc) Die Herstellung positiver Umstände durch die Gegenleistung des Bürgers

Aus dem Vorstehenden ergibt sich der dritte Fall einer zulässigen Koppelung im Ermessensbereich. M.E. darf sich die Behörde eine Gegenleistung versprechen lassen, soweit durch sie die Umstände geschaffen (beseitigt) werden, deren Fehlen (Vorhandensein) bei einer Entscheidung durch Verwaltungsakt innerhalb des eingeräumten Ermessensspielraums berücksichtigt werden und zur Ablehnung der vom Bürger erstrebten Leistung führen dürfte.

Die Zulässigkeit dieser Koppelung ergibt sich einmal daraus, daß Koppelungen ähnlicher Art schon dann zulässig sind, wenn der Bürger einen Anspruch auf die Leistung hat [403], und weiter aus dem Wesen des eingeräumten Ermessens. Ermessensspielraum bedeutet, daß der

---

401) Wolff, § 31 II b 3.
402) Stein, AöR 86 (1961), 326.
403) Vgl. oben S. 98 f.

Gesetzgeber der Verwaltung bei Vorliegen eines Sachverhaltes mehrere Möglichkeiten rechtmäßigen Verhaltens einräumt, indem die Verwaltung in einem gewissen Rahmen eigene Maßstäbe für ihr Verhalten, hier für das Gewähren einer Leistung, setzen kann [4o4]. Die Verwaltung kann dann das Erbringen ihrer Leistung im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens davon abhängig machen, daß der Bürger die von ihr gesetzten Voraussetzungen erfüllt. [4o5] Die Richtigkeit dieser Auffassung wird dadurch bestätigt, daß die Behörde die Leistung erbringen müßte, wenn sie die Leistung vorher aus allen in Betracht kommenden Gründen verweigert, der Bürger anschließend aber allen Ablehnungsgründen durch eigene Tätigkeit den Boden entzogen hat. Es wäre dann nicht einzusehen, warum sich nicht beide Seiten zu einem solchen Wechselbezüglichen Verhalten durch Vertrag verpflichten können sollten. Gerade der Vertrag ermöglicht hier die angestrebte Zug-um-Zug-Abwicklung eines Rechtsverhältnisses. Problematisch ist allerdings die Bestimmung der Umstände, von deren Vorliegen die Verwaltung ihre Ermessensausübung abhängig machen darf, und deren Herstellung sie verlangen kann, wenn sie nicht vorliegen, die infrage stehende Leistung aber dennoch gewährt werden soll. Dieses Problem stellt sich aber bei jeder Ermessensausübung [4o6].

4o4) Vgl. Wolff, § 31 II a.

4o5) Ähnlich Dombrowski, S. 29, für die Zulässigkeit einer Auflage, die einem begünstigenden Verwaltungsakt beigefügt werden soll: "Wenn eine Behörde gesetzlich befugt ist, den begünstigenden Verwaltungsakt aus bestimmten Momenten zu verweigern, dann ist sie a fortiori auch ermächtigt, über dieselben Momente Auflagen zu stellen."

4o6) Im Folgenden wird darauf noch eingegangen: s.unten ee).

Eine Koppelung dieser Art wird wohl auch von der herrschenden Meinung für zulässig gehalten [4o7]. So führt der Bundesgerichtshof [4o8] für Verträge im Ermessensbereich folgendes aus:

"In einem Fall, in dem eine Behörde für die Ablehnung einer von einem Interessenten erbetenen oder erstrebten Maßnahme sachlich gerechtfertigte Gründe hat, jedoch den die Ablehnung rechtfertigenden Erwägungen durch Erbringung gewisser Leistungen seitens der an der Maßnahme Interessierten entscheidend der Boden entzogen werden würde, wird man Bedenken grundsätzlicher Art nicht dagegen geltend machen können, wenn ein im Interesse des (der) Einzelnen und der Allgemeinheit liegender Interessenausgleich dadurch hergestellt wird, daß der Interessent (die Interessenten) bestimmte Leistungsverpflichtungen übernimmt (übernehmen) und die Behörde die ohne diese Leistungen gegen die erstrebte Maßnahme bestehenden Bedenken zurückstellt. Dies gilt vor allem dann, ..., ... wenn die Behörde - in sachlich gerechtfertigter und zulässiger Weise - die Maßnahme abgelehnt hätte, die aber nunmehr angesichts der von dem (den) Interessenten übernommenen Leistungsverpflichtungen nicht mehr als den öffentlichen Belangen widerstreitend angesehen werden kann." [4o9]

4o7) Wenn nicht ausdrücklich so doch sinngemäß: Bielenberg, DVBl 1967, 259; von Campenhausen, DÖV 1967, 666 f.; wohl auch Forsthoff, S. 281; Friauf, Baurecht S. 4o8; Schulze, S. 81; Willigmann, DVBl 1963 233; Wolff, § 44 II b 3, wenn er insbesondere auf Ausnahmebewilligung oder Dispens verweist.
Eine ähnliche Auffassung klingt auch in der Einzelbegründung E 63, S. 197, an, wenn ausgeführt wird, daß z.B. im Falle eines Dispenses der mit der Gegenleistung verfolgte Zweck dem gleichen Ziel dienen müsse, wie die an sich bestehende Verpflichtung, die durch den Vertrag abgelöst werden solle.

4o8) BGH, Urt.v. 14.7.1966, in DÖV 1966, 759 = JZ 1966, 791 = DVBl 1967, 36.

4o9) Auch das Bundesverwaltungsgericht (Urt.v.4.2.1966, DVBl 1967, 43, 45) prüft, ob die vertragliche

Forts. S. 1o4

Diese Schrankenziehung entwertet der Bundesgerichtshof allerdings, wenn er etwas später ausführt, daß die Verwaltung den Einzelnen im Rahmen der "Leistungsverwaltung" vertraglich verpflichten dürfe, soweit ein Gesetz nicht entgegenstehe. Diese Auffassung, nach der Vertragsfreiheit bestehen soll, soweit nicht ein gesetzliches Verbot entgegensteht, hat daher Anlaß zu erheblicher und m. E. berechtigter Kritik gegeben [41o].

Jedoch ist auch die Gegenposition, nach der der Bürger nur verpflichtet werden kann, soweit ein Gesetz die Verwaltung ermächtigt, eine Gegenleistung zu verlangen [411], nicht haltbar. Im Ermessensbereich muß die Verwaltung bei Abschluß eines verwaltungsrechtlichen Austauschvertrages doch mindestens in dem Umfang eine Gegenleistung verlangen dürfen, in dem sie einem begünstigenden Verwaltungsakt eine Nebenbestimmung

---

Forts. v. S. 1o3:
Verpflichtung des Bürgers dazu dient, die einem Dispens entgegenstehenden Gründe auszuräumen. Dabei handelte es sich um die vertragliche Gestaltung der Verpflichtungen des Bauwilligen aus der RGaO, wenn er Baudispense hinsichtlich der Flächennutzung erhält. Vgl. zu diesen Verträgen: Bielenberg, DVBl 1967, 261; Dombrowski, S. 98, Schulze, S. 86.

41o) Vgl. die ablehnenden Stellungnahmen von Dombrowski, S. 1o3; Menger-Erichsen, VerwArch 58 (1967),174 f.; Tittel, DVBl 1967, 38.

411) Vgl. Dombrowski, S. 88, 114; Menger-Erichsen, VerwArch 58 (1967), 171 ff.; Stein, AöR 86 (1961), 326.
Auch das Bundesverwaltungsgericht, DVBl 1967, 45 scheint hierhin zu tendieren: "...und der Beklagten keine Verpflichtungen auferlegt, die in der gesetzlichen Regelung der Beschränkung ihres Eigentums keine Entsprechung finden." Sollte mit "Entsprechung" eine gesetzliche Ermächtigung gemeint sein?

beifügen dürfte [412]. Hier besteht aber Einigkeit, daß Nebenbestimmungen keineswegs stets einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfen [413]. Vielmehr muß man aus dem Übermaßverbot sogar folgern, daß z.B. eine Erlaubnis unter Nebenbestimmungen ohne gesetzliche Ermächtigung ergehen muß, wenn dadurch ihre Versagung zu vermeiden ist [414]. Aus ähnlichem Grund dürfte die hier vertretene Mittelmeinung, die sich zwischen den Extremen - Gegenleistung, soweit kein gesetzliches Verbot - Gegenleistung nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung - bewegt, zutreffend sein.

(Z) Die Behörde darf sich demnach vertraglich eine Gegenleistung versprechen lassen, s o w e i t das Fehlen der durch die Gegenleistung zu schaffenden Umstände bei einer Entscheidung durch Verwaltungsakt nach pflichtgemäßer Ermessensausübung zu einer Ablehnung der Leistung führen dürfte.

dd) Die Vorwegnahme späterer Leistungspflicht

Für das Gebiet der Ermessensverwaltung ergibt sich noch ein weiterer Fall zulässiger Austauschverträge.

---

412) Wenn § 28 E 63 die Schranken für Nebenbestimmungen erst dort zieht, wo die Nebenbestimmung der Zweckbestimmung des Verwaltungsaktes zuwiderläuft, dann bestehen hier Bedenken gegen die Weite dieses Rahmens, Kritisch auch Bullinger, Notwendigkeit S. 676; Erichsen, SchlHAnz 1966, 128 zu § 1o5 Abs.3 LVwG; Ule, Planspiel S. 6o. In § 67, Abs. 1 wüEVRO hieß es immerhin: "Einem Verwaltungsakt können nur solche Nebenstimmungen beigefügt werden, die in seiner Zweckbestimmung begründet sind."

413) Wolff, § 49 II b; vgl. auch Erichsen, aaO. S.128: "...liegt der Beifügung einer Nebenbestimmung zu einer Ermessensentscheidung die Überlegung zugrunde, daß die Behörde, wenn sie schon die Begünstigung versage, sie diese auch mit belastenden Nebenbestimmungen (et vice versa) erteilen könne."

414) Menger-Erichsen, VerwArch 57 (1966), 176; Wolff, § 49 II b.

Häufig finden sich Formulierungen, wonach hier Austauschverträge dann zulässig sein sollen, wenn die Gegenleistung die Leistung der Behörde erst rechtfertigt - diese Fälle wurden im Vorstehenden behandelt - oder die Vorwegnahme späterer Leistungspflicht ist [415]. Daraus könnte man schließen, daß die Verwaltung auch dann noch eine Gegenleistung fordern darf - weil sie die Vorwegnahme späterer Leistungspflicht ist -, obwohl die Leistung schon gerechtfertigt ist. In diesem Fall aber, so wurde oben [416] gezeigt, muß die Leistung gewährt werden.

In Wirklichkeit handelt es sich bei den beiden genannten Fällen - Rechtfertigung der Leistung durch Gegenleistung, Vorwegnahme späterer Leistungspflicht [417] - nicht um zwei verschiedene Fälle, sondern um denselben. Zwischen beiden Fällen besteht nämlich ein Spezialitätsverhältnis. Ob die Verwaltung im Ermessensbereich eine Gegenleistung in Form der Vorwegnahme künftiger Leistungspflicht verlangen darf, bestimmt sich danach, ob die Einbeziehung der Tatsache, daß die Verwaltung einen Anspruch auf künftige Leistung hat, in die zu treffende Ermessensentscheidung dem Sinn des eingeräumten Ermessens entspricht, ob also eine Erweiterung der allgemeinen Ermessensgrundlagen um diese besondere zulässig ist.

Das ist dann der Fall, wenn die Verpflichtung, eine Leistung zu erbringen, dem Betroffenen sowieso obliegt und nicht erst durch die vertragliche Vereinbarung geschaffen wird, und die Gegenleistung mit der Leistung im unmittelbarem sachlichem Zusammenhang steht [418].

---

415) Vgl. z.B. Friauf, Baurecht S. 4o8; Wolff, § 44 II b.

416) S. oben S. lol ff..

417) Der Fall einer bereits bestehenden Leistungspflicht ist entsprechend zu behandeln.

418) Vgl. v.Campenhausen, DÖV 1967, 666; Dombrowski, S. 98; Friauf, Baurecht S. 4o8; Schulze, S. 83; Willigmann, DVBl 1963, 231.

Zwar setzt hier die Behörde ihre Überlegenheit ein, um auf den Bürger einen Zwang auszuüben und ihren Leistungsanspruch in einer Weise durchzusetzen, die das normale verwaltungsrechtliche Verfahren zur Durchsetzung von Leistungsansprüchen der Verwaltung gegen den Bürger nicht kennt. Es liegt aber eine Parallele zum Zivilrecht nahe [419]. Gemäß § 273 Abs. 1 BGB kann der Schuldner die eigene Leistung verweigern, bis eine ihm gebührende Leistung bewirkt wird, wenn beide Ansprüche aus einem innerlich zusammengehörigen, einheitlichen Lebensverhältnis stammen [42o]. Dieses Zurückbehaltungsrecht des § 273 ist nur ein Sonderfall des allgemeinen Gedankens des § 242 BGB, wonach treuwidrig handelt, wer fordert, ohne, obwohl dazu verpflichtet, selbst zu leisten [421]. Der in § 242 BGB enthaltene Rechtsgrundsatz findet aber auch im öffentlichen Recht Anwendung [422].

(Z) Ist daher ein derartiger Zusammenhang gegeben, dann macht die Verwaltung in einer dem Sinn des ihr eingeräumten Ermessens entsprechenden Weise Gebrauch, wenn sie die allgemeinen Ermessensgrundlagen dadurch erweitert, daß sie die Gewährung ihrer Leistung von der Erbringung einer ihr zustehenden Gegenleistung abhängig macht. Zu beachten ist dabei aber, daß auch die Modalitäten der Gegenleistungspflicht nicht erweitert werden dürfen [423].

---

419) Vgl. auch Dombrowski, S. 14 Fussn.7, der weiter eine Parallele zur Zweck-Mittel-Relation im Rahmen des § 24o StGB zieht und auf H.R. Huber, S. 91 verweist, wo eine Parallele zu dem im Römischen Recht erforderlichen inneren Zusammenhang zwischen dem Inhalt einer "manicipatio" und dem eines dabei abgeschlossenen "pactum" aufgezeigt wird.

42o) RGZ 72, 61 (65).

421) S. Palandt, § 273, 1 b.

422) Wolff, § 25 I a 1,I e.

423) Vgl. Willigmann, DVBl 1963, 232.

ee) Kriterien für die Zulässigkeit einer Koppelung im Ermessensbereich

Es wurde schon auf das Problem hingewiesen [424], das in der Bestimmung der Umstände liegt, von deren Vorliegen die Behörde ihre Ermessensausübung abhängig machen und deren Schaffung sie verlangen darf, wenn sie nicht vorliegen, aber die infrage stehende Leistung dennoch gewährt werden soll. In dem zuletzt genannten Spezialfall wurde eine Koppelung dann für zulässig erachtet, wenn die von dem Bürger zu übernehmende Verpflichtung nur die Vorwegnahme einer späteren Leistungspflicht ist und zwischen ihr und der Leistung der Behörde ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang besteht. Dieses Merkmal des sachlichen Zusammenhangs ist das Kriterium, auf das Literatur [425] und Rechtsprechung [426] hauptsächlich abstellen, wobei teilweise ein nur sachlicher Zusammenhang [427], teilweise ein unmittelbarer Zweckzusammenhang [428] gefordert wird.

Indessen scheint das Kriterium des sachlichen Zusammenhangs von Leistung und Gegenleistung das Problem der Zulässigkeit von Koppelungen eher zu verdunkeln. Es verstellt jedenfalls den Verfassern des Entwurfs den Blick dafür, daß die Problematik der Koppelung mit der Problematik fehlerfreier Ermessensausübung zusammenhängt. So findet sich z.B. in der Einzelbegründung zu § 41 E 63 nicht ein einziges Mal auch nur der Begriff

---

424) S. oben S. 1o2.

425) Vgl. etwa Schulze, S. 83; Willigmann, DVBl 1963, 23o.

426) Vgl. etwa BGH, DVBl 1967, 37.

427) So verlangt der Entwurf durchaus bewußt einen lediglich sachlichen Zusammenhang. Auf einen unmittelbaren Zusammenhang abzustellen sei weder erforderlich noch zweckmäßig. Vgl. Ergebnisniederschrift, S. 42.

428) So von Dombrowski, S. 114.

des Ermessens [429]. Auch zwei jüngere Entscheidungen des Bundesgerichtshofes [43o] und des Bundesverwaltungsgerichtes [431], die sich mit dem Problèm der Koppelung im Rahmen verwaltungsrechtlicher Austauschverträge beschäftigen, erwähnen den Begriff des Ermessens nicht. Das alleinige Abstellen auf einen sachlichen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung genügt für die Bestimmung der Zulässigkeit von Koppelungen nicht. Das Merkmal des sachlichen Zusammenhangs ist nämlich nur notwendige [432], keineswegs aber auch hinreichende Bedingung für die Zulässigkeit einer Koppelung [433], es sei denn, man inkorporiert diesem Merkmal alle Gesichtspunkte, die eine begünstigende Ermessensausübung als ermessensfehlerfrei erscheinen lassen würden [434]. Ob das überhaupt möglich ist, darf bezweifelt werden. Jedenfalls wäre ein derartiges Tatbestandsmerkmal wegen seiner Weite wertlos.

(Z) Es wäre daher vorzuziehen, wenn in § 42 zum Ausdruck gebracht würde, daß die Behörde sich dann, wenn

---

429) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 196 f..

43o) BGH, Urt. v. 14.7.1966, DVBl 1967, 36.

431) BVerwG, Urt. v. 4.2.1966, DVBl 1967, 43.

432) Anders anscheinand Scheerbarth, S. 143, der nicht einmal diese Anforderung stellt, sondern auf dem Gebiet der Baudispensverträge einen vernünftigen Ausgleich zwischen den Interessen der Gemeinde und des Bauherrn ausreichen lassen will.

433) Sonst ließen sich viele, durchaus sachliche Zusammenhänge herstellen, die aber dennoch nicht zur Zulässigkeit der Koppelung ausreichen, wenn z.B. der Gesetzgeber bei der Einräumung des Ermessens klar zu erkennen gegeben hat, daß er den Umstand, der den Zusammenhang herstellt, nicht beatet wissen will. Hier helfen auch die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 42 Abs. 1 E 63 nicht weiter.

434) Dann allerdings benötigt man einen derart ausgedehnten Positiv- und Negativkatalog, wie ihn Dombrowski anhand von Fällen aufgestellt hat.

die Gewährung einer gesetzlich vorgeregelten Leistung in ihrem Ermessen steht, eine Gegenleistung nur soweit versprechen lassen darf, wie der Erlaß eines der vertraglichen Verpflichtung der Behörde entsprechenden Verwaltungsaktes ermessensfehlerfrei abgelehnt werden dürfte, weil die durch die Gegenleistung des Bürgers zu schaffenden (zu beseitigenden) Umstände fehlen (vorhanden sind).

3) Die Leistung ist gesetzlich nicht vorgeregelt

Ist die von der Behörde vorgesehene Leistung gesetzlich nicht vorgeregelt, dann hängt ihre Zulässigkeit von der Reichweite der freien Gestaltungsbefugnis der Behörde ab, eine Frage, die schon behandelt wurde [435]. Soweit danach die Behörde in diesem Bereich der freigestaltenden Verwaltung überhaupt Leistungen erbringen bzw. Verpflichtungen eingehen darf, wird sie am ehesten Gegenleistungen verlangen dürfen, denn hier hat der Bürger weder einen Anspruch auf die Leistung noch einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Leistung. Einem Arrangement von Behörde und Bürger im Wege des "do ut des" sind daher die geringsten Schranken gesetzt [436]. Jedoch ist die Behörde auch hier an

---

435) S. oben S. 9o f..

436) Vgl. Barocka, S. 13; Kottke, S. 53; Rupp, Jus 1961, 61; Salzwedel, S. 253; a.A. Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 23o. Nach seiner Auffassung schließt der Gesetzesvorbehalt hier die Möglichkeit einer Verpflichtung des Bürgers aus. Demnach könnte es im Bereich der freigestaltenden Verwaltung keinen gegenseitigen Vertrag geben. Sollte aber ein immerhin auf dem Konsens der Beteiligten beruhender und auch den Bürger begünstigender Vertrag wirklich ebenso unzulässig sein wie ein belastender Verwaltungsakt in diesem Bereich? Imboden, S. 98, hält einen solchen Vertrag für unmittelbar gesetzwidrig, weil der Bereich hoheitlichen Handelns im Rechtsstaat grundsätzlich vom Gesetz erfaßt und die öffentlich-rechtliche Verhaltensordnung als ein lückenloses Ganzes gedacht sei.

den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im negativen Sinne gebunden [437]. Das bedeutet u.a. die Pflicht, die Grundrechte und hier insbesondere das Gleichheitsgebot zu wahren, die Grundsätze des Übermaßverbotes zu beachten, nicht willkürlich zu handeln und hoheitliche Maßnahmen nicht von Gegenleistungen abhängig zu machen, die nicht in sachlichem Zusammenhang mit der Maßnahme stehen [438].

(Z) Diesen Erfordernissen entspricht § 42 Abs. 1 E 63, wenn gefordert wird, daß die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck vereinbart werden und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen, angemessen und in sachlichem Zusammenhang mit der vertraglichen Verpflichtung der Behörde stehen müsse.

B) Abänderungsvorschlag

Die vorstehende Untersuchung über die Zulässigkeit von Austauschverträgen ergab, daß Verträge über Leistungen im Bereich der nichtgesetzesakzessorischen Verwaltung keinen engeren als den in § 42 Abs. 1 E 63 aufgestellten Voraussetzungen unterliegen, soweit die Gegenleistung des Vertragspartners der Behörde geregelt wird. Entsprechendes gilt für § 42 Abs. 2, wo klarzustellen ist, daß nur § 28 Abs. 2 E 63 in Bezug genommen ist. Soweit § 42 Abs. 1 auch Verträge betrifft, in denen sich die Behörde zu einer Leistung verpflichtet, deren Gewährung in ihrem Ermessen steht, sind die Voraussetzungen, unter denen sich die Behörde eine Gegenleistung versprechen lassen darf, zu weit. Da Abs. 1 als Ausprägung des Grundsatzes der Gesetzmäßig-

437) Vgl. Wolff, § 31 III, § 44 II d.
438) Vgl. dazu Wolff, § 3o II.

keit der Verwaltung im negativen Sinne für alle Austauschverträge gilt, wird empfohlen, Abs. 1 beizubehalten und für Verträge im Ermessensbereich einen neuen Absatz einzufügen, der folgende Fassung erhalten könnte:

"(2) Steht die Gewährung der Leistung im Ermessen der Behörde, so kann eine Gegenleistung nur soweit vereinbart werden, wie der Erlaß eines der vertraglichen Verpflichtung der Behörde entsprechenden Verwaltungsaktes ermessensfehlerfrei abgelehnt werden dürfte, weil die durch die Gegenleistung zu schaffenden Umstände fehlen. Im übrigen kann eine Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlaß eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 28 Abs. 2 sein könnte."

4. Kapitel

Schriftform nach §§ 43 E 63, E 66, 124 LVwG

§ 43 E 63 und § 124 LVwG regeln im Wortlaut übereinstimmend, daß öffentlich-rechtliche Verträge schriftlich abzuschließen sind, soweit durch Rechtsvorschrift nicht eine andere Form vorgeschrieben ist. Dieser Vorbehalt für eine andere vorgeschriebene Form hat praktisch nur für strengere Bestimmungen Bedeutung, da keine Vorschrift ersichtlich ist, nach der mündlicher Vertragsabschluß vorgeschrieben ist. In § 43 E 66 ist der Hinweis auf andere Formvorschriften außerhalb des Gesetzes mit Rücksicht auf die subsidiäre Geltung des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu Recht gestrichen worden [439].

In den Begründungen [44o] heißt es, daß die Schriftform verlangt werden müsse, weil der öffentlich-rechtliche Vertrag im Gegensatz zum eingebürgerten Verwaltungsakt eine atypische Regelung sei. Weiter sei die Schriftform aus Beweisgründen erforderlich. Im Gegensatz zum privatrechtlichen Vertrag blieben die Vertragspartner zwar rechtlich, nicht aber tatsächlich immer dieselben Personen, da die für die Behörde handelnden Personen häufiger wechseln würden.

Ob der erste Teil der Begründung sinnvoll ist, wonach der Vertrag als atypische Regelung neben dem eingebürgerten Verwaltungsakt formbedürftiger sei als dieser, kann bezweifelt werden, nachdem doch der Entwurf

---

439) Vgl. Ergebnisniederschrift, S. 43.

44o) S. Einzelbegründung E 63, S. 198; Regierungsentwurf, S. 23o.

und das Landesverwaltungsgesetz den verwaltungsrechtlichen Vertrag gerade als zweite, mögliche, durchaus nicht subsidiäre oder atypische Form des Verwaltungshandelns im weitesten Umfang neben dem Verwaltungsakt anerkannt haben [441]. Besser wäre die Begründung, daß die durch verwaltungsrechtliche Verträge geregelten Sachverhalte meist atypisch und schwierig sind und ihre Regelung daher der Form bedarf. Dem zweiten Teil der Begründung kann gefolgt werden [442]. Da die Schriftform im übrigen der Rechtssicherheit und dem Rechtsfrieden dient, ist ihre Anordnung sinnvoll.

Was unter Schriftform zu verstehen ist, geht weder aus dem Entwurf noch aus dem Landesverwaltungsgesetz hervor. Zweifelhaft ist, ob eigenhändige Unterschrift erforderlich ist oder ob Namensstempel oder faksimilierte Namensbezeichnungen genügen. Für das schon geltende Verwaltungsgesetz von Schleswig-Holstein könnte man an eine entsprechende Anwendung des § 126 BGB denken [443]. Gemäß § 129 LVwG sind jedoch zunächst die Vorschriften des Landesverwaltungsgesetzes zurergänzenden Auslegung heranzuziehen. Berücksichtigt man den in § 1o8 Abs. 3 und in § 126 Abs. 2 Nr. 1 in Verbindung mit § 113 Abs. 2 Nr. 1 enthaltenen Rechtsgedanken, dann wird man die Schriftform als gewahrt ansehen können, wenn der materielle Inhalt der Absprache schriftlich niedergelegt, aus dem Schriftstück die vertragsschließende Behörde und der Vertragspartner und die Unterschrift oder die Namenswiedergabe des Behördenleiters oder seines Vertreters oder seines Beauftragten

---

441) Auch Bullinger, Notwendigkeit S. 677, sieht hier einen Widerspruch zu § 4o E 63.

442) Mit ähnlicher Begründung für das Erfordernis der Schriftform schon Apelt, S. 186, der allerdings zu weit geht, wenn er das Erfordernis der Schriftform schon de lege lata bejaht. Gegen Apelt daher Forsthoff, S. 269, Fußn. 6.

443) Ablehnend für das öffentliche Recht: Sendler, NJW 1964, 2139.

und die des Vertragspartners erkennbar sind [444]. Für den Entwurf folgt dasselbe Ergebnis aus den §§ 48, 29 Abs. 3, 45 Nr. 1, 34 Abs. 2 Nr. 1.

(Z) Die Regelung des Entwurfs in der Fassung von 1966 kann unverändert beibehalten werden.

---

444) So v.d. Groeben-Knack, § 124.

5. Kapitel

Zustimmung Dritter nach §§ 44 E 63, E 66, 125 LVwG

A) Zu § 44 E 63

I) Die Entscheidung des Entwurfs

§ 44 des Musterentwurfs in der Fassung von 1963 bestimmt, daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, durch den Rechte eines Dritten beeinträchtigt werden, erst wirksam wird, wenn der Dritte zustimmt. Auch § 44 Abs.1 E 66 und § 125 Abs. 1 LVwG enthalten diese Regelung.

Laut Begründung [445] ist diese Vorschrift deshalb erforderlich, weil ein öffentlich-rechtlicher Vertrag an die Stelle eines Verwaltungsaktes treten und dadurch in gleichem Maße wie dieser die Rechte eines Dritten beeinträchtigen könne. Der beim Verwaltungsakt gegebene Schutz des Dritten versage hier, weil das Rechtsbehelfsverfahren auf den Verwaltungsakt zugeschnitten sei. Der praktikabelste Weg zur Lösung dieser Schwierigkeit sei, die Wirksamkeit des Vertrages erst dann eintreten zu lassen, wenn der Dritte zustimme. Die Regelung und ihre Begründung ist nicht auf ungeteilte Zustimmung [446] gestoßen.

II) Kritische Stimmen

Nach Ansicht Redekers [447] ist die Lösung des Entwurfs dogmatisch verfehlt, aber auch wenig praktikabel. Redeker überträgt zunächst die zivilrechtliche Unter-

---

445) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 199.

446) Zustimmend vor allem Ule-Becker, S. 65; Ule, Planspiel S. 97; Ule-Sellmann, DVBl 1967, 839.

447) Redeker, DÖV 1966, 543 ff..

scheidung zwischen schuldrechtlichem, kausalem Geschäft und abstrakter Verfügung auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag. Dieser soll danach die schuldrechtliche causa für Erfüllungshandlungen sein, die auf seiten der Verwaltung unter anderem im Erlaß von Verwaltungsakten bestünden [448]. Ein Dritter könne daher nicht durch einen verwaltungsrechtlichen Vertrag in seinen Rechten beeinträchtigt werden, sondern nur durch einen auf Grund des Vertrages erlassenen Verwaltungsakt. Die Zustimmung des Dritten zum Vertrag sei daher überflüssig; es komme allein darauf an, ob der in Erfüllung des Vertrages erlassene Verwaltungsakt in Rechte des Dritten unzulässig eingreife [449]. Auch führe die Regelung des Entwurfs zu erheblichen Unsicherheiten, da nicht selten unklar sei, ob ein Dritter in seinen Rechten beeinträchtigt werde. Die Wirksamkeit des Vertrages hiervon abhängig zu machen, bedeute, daß der Bestand des Vertrages über lange Zeiträume hindurch im Zweifel bleibe, da sich ein angeblich beeinträchtigter Dritter noch auf unbegrenzte Zeit hin melden könne [450].

III) Stellungnahme

a) Der Verwaltungsrechtliche Vertrag als Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft

In den Ausführungen über den Vergleichsvertrag und den Austauschvertrag wurde mehrfach betont, daß es sich

---

448) Redeker, DÖV 1966, 543 f..

449) Diesen Gedanken Redekers aufgreifend macht Bullinger, Notwendigkeit S. 678, dem Entwurf den Vorwurf, er habe Vertrag und Verwaltungsakt in eine schwer durchschaubare Gemengelage gebracht.

450) Redeker, aaO. S. 545.

bei den benannten Verträgen um Verpflichtungsgeschäfte handelt [451]. Auch der Entwurf, insbesondere die Fassung des § 42, läßt daran keinen Zweifel [452]. Es wäre jedoch irrig, daraus eine Beschränkung des verwaltungsrechtlichen Vertrages auf die durch den Entwurf benannten Fälle herleiten zu wollen. Vielmehr ergibt sich daraus, daß der Entwurf in § 4o die Zulässigkeit der Handlungsform des verwaltungsrechtlichen Vertrages grundsätzlich bejaht, auch die grundsätzliche Zulässigkeit von Verfügungsverträgen. Im Gegensatz zu den Vergleichs- und Austauschverträgen werden weiteren, unbenannten Verträgen allerdings keine unmittelbaren Schranken inhaltlicher Zulässigkeit, sondern nur mittelbare Schranken gesetzt [453]. Die Möglichkeit solcher Verfügungsverträge wird auch, soweit ersichtlich, in Literatur und Rechtsprechung nicht bestritten, wobei allerdings zuzugeben ist, daß zu diesem Problemkreis nur wenige Stellungnahmen vorliegen.[454] Es erscheint aber unverständlich, warum gerade Redeker, der doch die zivilrechtliche Unterscheidung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft für das Verwaltungsrecht fruchtbar machen will, die Möglichkeit verwaltungsrechtlicher Verfügungsverträge nicht bedenkt.

Als Verfügungsvertrag kann der verwaltungsrechtliche Vertrag einen Verwaltungsakt ersetzen, der der Verfügungsebene angehört [455], so etwa dann, wenn ein Unternehmer nicht nur auf Grund, sondern durch Vertrag be-

---

451) S. oben S. 61 ff.; S. 88 ff..

452) Vgl. § 42 Abs. 1: "...Vertrag, in dem sich der Vertragspartner ...verpflichtet, ..." Vgl. auch § 45 Nr. 1 u. Nr. 2.

453) So vor allem durch § 45 (Nichtigkeit des Vertrages)

454) Diese z.B. von Bullinger, Notwendigkeit S. 678; Löwer, VerwArch 56 (1965), 258 ff.; Menger-Erichsen, VerwArch 58 (1967), 176.

455) Vgl. Menger-Erichsen, ebenda u. Fußn. 17.

liehen wird, wobei die zu der Beleihung erforderliche Zustimmung des Betroffenen durch die vertragliche Annahme der vertraglich angebotenen Beleihung ersetzt wird. Würde ein entsprechender Verwaltungsakt einen Dritten in seinen Rechten verletzen, so wird er nun durch den Verfügungsvertrag verletzt [456]. Der Auffassung Redekers, der Dritte könne immer nur durch einen auf Grund eines Vertrages erlassenen Verwaltungsakt verletzt werden und eine Zustimmung des Dritten zu dem Vertrag sei daher überflüssig, kann somit nicht gefolgt werden. Allerdings kann der Dritte nicht durch einen Verpflichtungsvertrag verletzt werden, da dieser nur relative Wirkungen zwischen den Vertragspartnern entfaltet.

b) Die Praktikabilität der Entwurfsregelung

Das von Redeker geäußerte Bedenken [457], die Regelung des § 44 lasse den Bestand des Vertrages möglicherweise über lange Zeiträume hinweg im Zweifel, weil ein beeinträchtigter Dritter sich auf unbegrenzte Zeit noch melden könne, läßt sich nicht ohne weiteres von der Hand weisen. Auch besteht die Möglichkeit, daß eine der Parteien die Leistung mit der Begründung verweigert oder zurückfordert, der Vertrag sei unwirksam, weil er die Rechte eines Dritten beeinträchtige. Fraglich ist, ob diese Nachteile ohne Inkaufnahme anderer Nachteile zu vermeiden sind.

456) Irreführend ist allerdings das in der Einzelbegründung, S. 199, zu § 44 angegebene Beispiel der Baudispensverträge. Der Baudispensvertrag enthält nicht die Baugenehmigung - die auch nicht im Vertragswege erteilt werden darf -, sondern nur die Verpflichtung zu ihrer Erteilung. Vgl. Schulze, S. 22 und S. 81.

457) Redeker, DÖV 1966, 545, wohl im Anschluß an die Erwägungen Mengers, VerwArch 52 (1961), 21o f..

Man könnte daran denken, dem Dritten auch dem ihn belastenden Vertrag gegenüber das Anfechtungsrecht einzuräumen, das er einem Verwaltungsakt mit rechtswidriger Drittwirkung gegenüber hätte. Damit würde allerdings die Konzeption des Entwurfs gesprengt, der eine Aufhebbarkeit von Verträgen analog der Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten nicht kennt [458]. Auch könnte eine solche Anfechtung noch nach längerer Zeit erfolgen, so daß den Vertragsparteien nur wenig geholfen wäre [459]. Denkbar wäre ferner, einen derartigen Vertrag mit Ablauf einer Frist endgültig wirksam werden zu lassen. Dadurch würde jedoch der beeinträchtigte Dritte stark benachteiligt, da er meist nicht einmal die Existenz des Vertrages kennen wird. Setzt man nun den Ablauf der Frist erst dann in Gang, wenn der Dritte Kenntnis von dem Vertrag erlangt, dann bestehen die gegen die Entwurfsregelung geäußerten Bedenken unverändert fort, da der Bestand des Vertrages bis zur Kenntnisnahme des beeinträchtigten Dritten im Ungewissen bleibt.

Die Nachteile, die die Bestimmung des § 44 für die Parteien mit sich bringt, lassen sich demnach kaum durch eine andere Konstruktion beseitigen. Es erscheint aber auch billig, den Vertragspartnern diese Nachteile aufzuerlegen, da sie schließlich die Möglichkeit haben, die Beeinträchtigung der Rechte des Dritten zu vermeiden, und der Dritte ohnehin ein Rechtsmittel, den gegen einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung möglichen Widerspruch, verliert, in dem die Regelung nicht nur auf ihre Rechtmäßigkeit, sondern auch auf ihre Zweckmäßigkeit hin überprüft werden könnte.

---

458) Es wird im 6. Kapitel, A III c 1, noch zu untersuchen sein, ob dem Entwurf in diesem Punkt gefolgt werden kann.

459) Auch das LVwG, das eine "Anfechtbarkeit" von Verträgen kennt, läßt die dem § 44 E 63 entsprechende Vorschrift des § 125 LVwG bestehen.

(Z) § 44 Abs. 1 E 63 kann daher unverändert beibehalten werden.

B) Zu §§ 44 E 66, 125 LVwG

§ 44 E 66 und § 125 LVwG bringen gegenüber § 44 E 63 zwei Änderungen mit sich, stimmen aber untereinander überein, so daß die folgende Erörterung auf § 44 E 66 beschränkt werden kann.

I) Die Entscheidung des Entwurfs

In Abweichung von § 44 E 63 verlangt § 44 Abs. 1 E 66, daß die Zustimmung des Dritten schriftlich erteilt wird, ein Erfordernis, gegen das angesichts der Bedeutung der Zustimmung und der Tatsache, daß verwaltungsrechtliche Verträge der Schriftform bedürfen, keine Bedenken bestehen. Weiter bestimmt § 44 nunmehr in einem zweiten Absatz, daß ein subordinationsrechtlicher Vertrag, der anstelle eines Verwaltungsaktes abgeschlossen wird, zu dessen Erlaß nach einer Rechtsvorschrift die Zustimmung oder Genehmigung einer anderen Behörde erforderlich ist, erst mit der Erteilung der Zustimmung oder Genehmigung der anderen Behörde wirksam wird.

Der Bund-Länderausschuß führt dazu aus: § 44 in der Fassung von 1963 habe auch die im Text und in der Begründung nicht erwähnte Zustimmung einer anderen Behörde einschließen sollen. In der unter diesem Gesichtswinkel geführten Erörterung seien allerdings Zweifel erhoben worden, ob bei der genannten Ausweitung des Inhalts der Bestimmung diese noch eine sachgerechte Lösung enthalte. Da der Mitwirkung aber auch ganz erhebliche Bedeutung zukommen könne, bestehe die Gefahr, daß die Rechtsordnung leicht überspielt werden könne, wenn die vertragsschließende Behörde ohne die Zustimmung der dritten Behörde an den Vertrag gebunden sei.

Diesen Gesichtspunkt sieht der Ausschuß als zwingenden Grund dafür an, an der Wirksamkeitsvoraussetzung festzuhalten [46o].

II) Stellungnahme

Da der hinzutretende Absatz 2 lex specialis zu § 44 Abs. 1 ist, werden die Fälle, in denen "Anhörung", "Einvernehmen" etc. vorgesehen sind, nicht von § 44 Abs. 1 erfaßt. Der Fassung des § 44 Abs. 2 wird man weiter entnehmen müssen, daß auch die Begriffe"Zustimmung" und "Genehmigung" nur im engeren Sinne gemeint sind und ähnlich gelagerte Fälle von Beteiligungsakten weder im Wege einer erweiternden Auslegung noch im Wege der Analogie dem § 44 Abs. 2 unterstellt werden können [461]. Ob diese Beschränkung auf Zustimmung und Genehmigung sinnvoll ist, erscheint fraglich, zu mal die Ergebnisniederschrift nichts über die Gründe sagt, die die Verfasser dazu veranlaßt haben [462].

In der Tat ist nicht einzusehen, warum die einer Zustimmung oder Genehmigung gleichstehenden oder sie an Intensität übertreffenden Beteiligungsakte dritter Behörden wie Handeln im Einverständnis oder Einvernehmen [463] oder negative Akte wie Widerspruchs- oder Einspruchsmöglichkeiten die Wirksamkeit des Vertrages nicht beeinflussen sollen. Eine gegenüber der Entwurfsregelung konsequentere Grenzziehung zwischen Beteiligungsakten, deren Fehlen zur Unwirksamkeit des Vertrages

---

46o) Vgl. Ergebnisniederschrift S. 43 f..
461) Auch v.d.Groeben-Knack, § 125, 2, interpretieren das gleichlautende LVwG dahin.
462) Den von v.d.Groeben-Knack, § 125, 2.1, angegebenen sachlichen Grund für die Beschränkung, eine Ausweitung gehe einseitig zu Lasten des Bürgers, da dieser die Mitwirkungsfälle nicht übersehen könne, weisen die Verfasser gerade zurück: s. Ergebnisniederschrift S. 43.
463) Diese hält Fickert, DVBl 1964, 173, für der Zustimmung gegenüber intensivere Akte. A.A.Schütz, NJW 1963, 2151. Für gleichgewichtig hält sie Schlüter, S. 7 mwN. in Fußn. 1.

führen, und Beteiligungsakten, deren Fehlen wegen ihrer verhältnismäßig geringen Bedeutung den Bestand des Vertrages unberührt lassen sollen, erscheint daher erforderlich.

Dabei kann an Intensität und Bindungswirkung des behördlichen Beteiligungsaktes angeknüpft werden. Von der Intensität her [464] wird man am ehesten dort den Vertrag auch ohne die erforderliche Beteiligung gelten lassen können, wo ihr nur informierende oder begutachtende Bedeutung zukommt, der Beteiligungsakt also lediglich die Entscheidung der vertragsschließenden Behörde vorbereiten soll. Das Fehlen des Beteiligungsaktes sollte aber spätestens dort zur Unwirksamkeit führen, wo die dritte Behörde dazu berufen ist, mit zu entscheiden. Hinsichtlich der Bindungswirkung [465] wird man das Fehlen des Beteiligungsaktes mindestens dann für relevant halten müssen, wenn die vertragsschließende Behörde an die Mitwirkung der dritten Behörde gebunden ist. Will man schon wie der Entwurf die vielfältigen, zur Wahrung besonderer öffentlicher Interessen vorgesehenen Beteiligungsakte anderer Behörden in ihrer Auswirkung auf die Wirksamkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrages beschränken, dann läßt sich daher m.E. eine solche Beschränkung nur in den Fällen vertreten, in denen die andere Behörde nur vorbereitend, aber nicht mitentscheidend tätig wird und die federführende Behörde an das Ergebnis dieses Beteiligungsaktes nicht gebunden ist [466].

---

464) Vgl. zu den verschiedenen Intensitätsgraden Schlüter, S. 2 ff.; Wolff, § 46 V c.

465) Zu den verschiedenen Bindungsformen s. Schlüter, S. 9 ff.

466) Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Kottke, S.1o2: Das Fehlen der Mitwirkungshandlung soll dann zur Unwirksamkeit des Vertrages führen, wenn ihr konstitutive Bedeutung zukommt, sie insbesondere in der Form des Verwaltungsaktes ergeht.

(Z) Zugestimmt werden kann der Entscheidung des Entwurfs, wonach die Fälle der Beteiligungsbefugnis einer anderen Behörde gesondert zu behandeln sind und angeordnet wird, daß die Verletzung solcher Beteiligungsbefugnisse nur in bestimmten Fällen die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages nach sich ziehen soll. Eine Beschränkung auf die Fälle eines Genehmigungs- oder Zustimmungserfordernisses erscheint aber weder konsequent noch vertretbar.

C) Abänderungsvorschlag

Es wird vorgeschlagen, § 44 Abs. 1 E 66 beizubehalten, § 44 Abs. 2 aber nach Maßgabe der vorstehenden Lösung zu ändern. Abs. 2 könnte dann folgende Fassung erhalten:

"(2) Wird anstelle eines Verwaltungsaktes, zu dessen Erlaß nach einer Rechtsvorschrift die für die vertragsschließende Behörde verbindliche Entscheidung einer anderen Behörde erforderlich ist, ein Vertrag im Sinne des § 4o Satz 2 geschlossen, so wird dieser erst wirksam, wenn die andere Behörde dem Vertrag zustimmt."

6. Kapitel

Nichtigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages nach §§ 45 E 63, E 66, 126 LVwG

Die Folgen der Fehlerhaftigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge sind in § 45 des Musterentwurfs und in § 126 des Landesverwaltungsgesetzes geregelt. Die Vorschriften decken sich nur teilweise. Es soll daher von § 45 E 63 ausgegangen werden.

A) Zu § 45 E 63

I) Die Entscheidung des Entwurfs

Nach § 45 Satz 1 Nr. 1 ist ein Vertrag nichtig, wenn ein Verwaltungsakt, der die vertragliche Verpflichtung der Behörde zum Inhalt hätte, nichtig wäre. Wäre der entsprechende Verwaltungsakt nur rechtswidrig, aber nicht nichtig, dann ist der Vertrag in der Regel wirksam, es sei denn, es liegt eine der in § 45 Satz 1 aufgezählten Ausnahmen vor: Trotz Rechtswidrigkeit eines entsprechenden Verwaltungsaktes, die nicht nur auf Verfahrens- oder Formfehlern im Sinne des § 34 E 63 beruht, ist der Vertrag nur nichtig, wenn die Parteien die Rechtswidrigkeit kannten (§ 45 Satz 1 Nr. 2), oder wenn die Voraussetzungen eines Vergleichsvertrages nicht vorlagen (Nr. 3). Nichtig ist der Vertrag auch, wenn sich die Behörde in einem Austauschvertrag eine unzulässige Gegenleistung versprechen läßt (Nr. 4), oder wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des BGB ergibt (Nr. 5). Nach § 45 S. 2 ist der Vertrag im ganzen nichtig, wenn anzunehmen ist, daß er ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen worden wäre. Im Zweifel soll demnach Vollnichtigkeit angenommen werden.

Zur Begründung dieser Regelung argumentieren die Verfasser des Entwurfs folgendermaßen [467]:
Zwar setze der Grundsatz der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns auch der Gestaltungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages gewisse äußerste Grenzen. Es liefe dem Wesen des Vertrages aber zuwider, wenn den Vertragspartnern die Möglichkeit gegeben wäre, stets die Aufhebung des Vertrages zu verlangen, falls ein entsprechender Verwaltungsakt der Behörde aufhebbar wäre. Der Bestand des Vertrages sei dann unerträglich belastet, und das Vertrauen des Bürgers in den einmal geschlossenen Vertrag erschüttert. Um einen Ausgleich zwischen dem Grundsatz unbedingter Vertragsverbindlichkeit und dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns zu finden, seien daher die Nichtigkeitsgründe beim öffentlich-rechtlichen Vertrag gegenüber den Nichtigkeitsgründen beim Verwaltungsakt ausgedehnt, eine Aufhebbarkeit wie bei Verwaltungsakten aber nicht vorgesehen worden.

II) Abweichende Meinungen in Literatur und Rechtsprechung

Die Regelung des Entwurfs ist auf Widerspruch gestoßen. Dabei richtet sich die in der Literatur geäußerte Kritik nicht gegen die einzelnen, in § 45 E 63 niedergelegten Nichtigkeitsgründe als vielmehr gegen die grundsätzliche Entscheidung, den Kreis der Nichtigkeitsgründe festzulegen und eine generelle Aufhebbarkeit rechtswidriger Verträge analog der Aufhebbarkeit rechtswidriger Verwaltungsakte nicht zuzulassen. In der Tat steht der Entwurf mit dieser Entscheidung fast allein. Literatur und Rechtsprechung folgen hauptsächlich zwei anderen, abweichenden Lösungen. Von den Folgen der Rechtswidrigkeit eines verwaltungsrechtlichen

---

467) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 199 f..

Vertrages her gesehen, kommen nämlich hauptsächlich zwei Möglichkeiten in Betracht: Entweder man folgert aus der Eigenart des verwaltungsrechtlichen Vertrages, daß eine etwaige Rechtswidrigkeit seine Nichtigkeit zur Folge hat, oder aber man unterscheidet parallel zur Behandlung rechtswidriger Verwaltungsakte zwischen nichtigen und bloß aufhebbaren Verträgen.

a) Erste Ansicht: Nichtigkeit bei Rechtswidrigkeit

Nach wenigstens bis vor kurzem herrschender Meinung ist jeder verwaltungsrechtliche Vertrag nichtig, wenn er dem objektiven Recht widerspricht [468].

Diese Auffassung wird zum Teil damit begründet, daß eine Verletzung objektiven Rechts einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB gleichkomme [469]. Teilweise wird den §§ 134, 138 der allgemeine Rechtsgedanke entnommen, daß sich niemand zu ungesetzlichem Handeln verpflichten könne, was erst recht für die öffentliche Verwaltung gelte [47o]. Andere begründen die Nichtigkeit eines rechtswidrigen Vertrages mit dem in Art. 2o Abs. 3 GG verankerten Grundsatz der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht [471]. Anders als beim Verwaltungsakt könne es rechtswidrige, aber

---

468) Vgl. Apelt, S. 215 mwN.; Bullinger, S. 81; Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 253 f.; Imboden, S.97 ff.; Menger-Erichsen, VerwArch. 58 (1967), 177; Salzwedel, S. 1o7 f. mwN.; Schick, S. 45; Wolff, § 44 II d. BGH, DVBl 1967, 37 (allerdings einschränkend: in der Regel Nichtigkeit); vgl. auch die älteren Entscheidungen des BSG: E 4, 34; 14,1o4; 16, 63; auch die älteren Entscheidungen des BVerwG tendieren hierhin: vgl. BVerwGE 5, 136; 8, 33o.

469) So vor allem die frühere Rechtsprechung des BSG: vgl. z.B. BSGE 4,34.

47o) So BSGE 14, 1o4; Mellwitz, DVBl 1962, 6o3.

471) Vgl. z.B. Beinhardt aaO., S. 254.

gleichwohl wirksame Verträge nicht geben, was auf der Verschiedenheit von Verwaltungsakt und Vertrag beruhe. Der Vertrag sei wegen der Gleichordnung der Vertragspartner kein hoheitliches Rechtsgeschäft, so daß dem an sich übergeordneten Vertragspartner beim Abschluß des Vertrages keine staatliche Autorität zukomme. Der Vertrag habe daher auch nicht wie der Verwaltungsakt die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich. Er könne daher nur zulässig und damit wirksam oder unzulässig und damit unwirksam sein.[472].

b) Zweite Ansicht: Grundsätzliche Wirksamkeit trotz Rechtswidrigkeit

Nach jüngerer, sich ausbreitender Ansicht ist beim verwaltungsrechtlichen Vertrag wie beim Verwaltungsakt zwischen rechtswidrigen, unwirksamen und rechtswidrigen, wirksamen Verträgen zu unterscheiden [473].

Die Anhänger dieser Meinung bestreiten zunächst einmal die These, jede Verletzung objektiven Rechts sei mit einem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB gleichzusetzen. Diese Bestimmung sei keineswegs eine starre Sanktion für alle gesetzwidrigen

---

472) Vgl. Salzwedel, S. 108; ähnlich Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 253; Gitzinger, S. 83 f..

473) Vgl. Haueisen, DVBl 1968, 287 u.NJW 1969, 124; Kottke, S. 80, 104; Martens, AöR 89 (1964), 448, 459 f.; Peters, S. 154 f.; Pieper, DVBl 1967, 16 f.; Rüfner, S. 341 f.; Scheerbarth, § 63; Stein, AöR 86 (1961), 331; v.Zastrow, JR 1967, 6; BVerwGE 14, 105; BSG in NJW 1967, 1822; NJW 1968, 176; im Ergebnis auch der BFH, der Vereinbarungen auf dem Gebiet des Steuerrechts "... theoretisch zwar immer ablehnt, praktisch aber nicht selten respektiert, indem er das, was er mit dem eisernen Besen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ausgekehrt hat, durch das Hintertürchen Treu und Glauben wieder hereinläßt." Schick, S.16 mit Nachweisen.

Rechtsgeschäfte, sondern nur eine Blankettnorm. Die Frage, ob ein bestimmter Rechtssatz als Verbotsgesetz anzusehen sei, könne nur aus Sinn und Zweck der jeweiligen Einzelnorm beantwortet werden [474]. Im allgemeinen sei nicht anzunehmen, daß eine zwingende Norm des öffentlichen Rechts gleichzeitig ein Verbotsgesetz enthalte [475]. Es sei auch unrichtig zu glauben, niemand könne sich zu ungesetzlichem Handeln verpflichten; dies zeige der gesetzwidrige Verwaltungsakt, der im Zweifel nicht nichtig, sondern bloß anfechtbar und zurücknehmbar, bis zur Anfechtung oder Rücknahme aber voll wirksam sei [476]. Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag soll demnach wie ein entsprechender Verwaltungsakt trotz Rechtswidrigkeit grundsätzlich wirksam sein.

Keine Einigkeit besteht jedoch unter den Vertretern dieser Meinung in der Frage, wann die Rechtswidrigkeit eines Vertrages dessen Nichtigkeit zur Folge hat. Überwiegend wird angenommen, daß Nichtigkeit nur bei solchen Verstößen eintritt, die auch bei einem entsprechenden Verwaltungsakt zur Nichtigkeit führen würden [477], teilweise wird aber auch ein strengerer Maßstab verlangt, weil beim Vertrag die Gefahr eines gesetzwidrigen Arrangements größer als beim Verwaltungsakt sei [478].

Streit besteht weiter darüber, ob und wie ein rechtswidriger, wirksamer Vertrag aufgehoben werden kann. Überwiegend wird dabei ein Rücktritts-, Kündigungs- oder Anfechtungsrecht befürwortet, das den Regeln über

---

474) Martens, AöR 89 (1964), 459.

475) Vgl. hierzu auch die Ausführungen oben, S. 66.

476) Vgl. Haueisen, DVBl 1968, 287.

477) Vgl. z.B. Haueisen, NJW 1969, 124; Kottke, S. 92; Martens, aaO. S. 461; Menger, VerwArch 52 (1961), 211; Stein, AöR 86 (1961), 331.

478) Vgl. Rüfner, S. 342.

den Widerruf bzw. die Anfechtung rechtswidriger Verwaltungsakte folgen soll [479] oder mit einem erweiterten Anwendungsbereich der clausula rebus sic stantibus begründet wird [48o]. Der Vertrag soll gegenüber dem Verwaltungsakt keinen Bindungsmehrwert [481] haben [482]. Es wird jedoch auch der Standpunkt vertreten, daß ein rechtswidriger Vertrag mit dem Eintritt seiner Wirksamkeit bestandskräftig [483] werde. Ein auf die Rechtswidrigkeit des Vertrages gestütztes Anfechtungs-, Rücktritts- oder Kündigungsrecht des Bürgers könne es nicht geben [484].

III) Stellungnahme

a) Die Wirksamkeit rechtswidriger Verträge

Mit den Vertretern der vordringenden Meinung [485] ist davon auszugehen, daß eine generelle Unwirksamkeit rechtswidriger, verwaltungsrechtlicher Verträge nicht deshalb angenommen werden kann, weil jede Verletzung objektiven Rechts als Verstoß gegen ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB angesehen werden müßte. Ob es sich bei einer einzelnen Vorschrift des öffentlichen Rechts wirklich um ein Verbotsgesetz handelt, kann sich nur aus einer Untersuchung der jeweiligen Norm ergeben.

---

479) So von Haueisen, DVBl 1968, 288; Martens, AöR 89 (1964), 462 ff.; Rüfner, S. 342.

48o) So von Pieper, DVBl 1967, 16 f.; wohl auch Forsthoff, S. 27o.

481) Begriff von Bullinger, Notwendigkeit S. 681.

482) Vgl. Haueisen, aaO. S. 289; Martens, aaO. S. 468; Pieper, aaO. S. 16 f.

483) Zum Begriff der Bestandskraft bei Verwaltungsakten s. Wolff, § 52 II.

484) Vgl. Scheerbarth, § 65; Stein, AöR 86 (1961), 33o.

485) S.oben S. 128.

Auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zwingt nicht, bei jeder Rechtswidrigkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrages dessen Nichtigkeit anzunehmen. Gewiß darf die überragende Bedeutung dieses Prinzips nicht verkannt werden; im Rechtsstaat muß jede Verwaltungstätigkeit an Gesetz und Recht orientiert sein. Die Vertreter der Ansicht, nach der jeder rechtswidrige Vertrag nichtig sein soll, berücksichtigen jedoch nicht ausreichend, daß auch Vertrauensschutz und Vertragstreue Rechtsgrundsätze sind, an die die Verwaltung durch Art. 2o Abs. 3 GG gebunden ist [486], und daß der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz aus Gründen des Autoritätsschutzes eine Einschränkung erfahren kann, wie sich gerade bei der Behandlung rechtswidriger Verwaltungsakte zeigt. Es liegt nahe, dieses Beispiel rechtswidrigen und dennoch wirksamen Verwaltungshandelns auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag zu übertragen.

Der Grund für die Gültigkeit auch rechtswidriger Verwaltungsakte liegt in ihrem Charakter als "autoritative Äußerung hoheitlicher Gewalt" [487]; die Anspruch auf Beachtung hat. Der rechtswidrige Verwaltungsakt gilt also nicht "...darum, weil er die Emanation einer Norm wäre, sondern weil die staatliche Autorität ihm Geltung gibt" [488]. Daher kann derjenige, der auf die Gültigkeit eines Verwaltungsaktes vertraut, auch den Schutz des Rechts beanspruchen [489].

Nun ist zwar der verwaltungsrechtliche Vertrag nicht in dem Ausmaße Ausdruck der Staatsautorität wie der Verwaltungsakt. Es ginge aber zu weit zu sagen, die

---

486) Vgl. dazu Wolff, § 3o II b 1.
487) Wolff, § 5o I a.
488) Forsthoff, S. 217.
489) Vgl. OVG Berlin, DÖV 1967, 271.

vertragliche Willensäußerung des Hoheitsträgers genieße weder besonderen Autoritätsschutz noch besonderes Vertrauen, denn immerhin liegt ein öffentlich-rechtliches Handeln eines Trägers hoheitlicher Gewalt vor [490]. Es ist zu bedenken, daß der verwaltungsrechtliche Vertrag als Handlungsform gerade wegen seiner Anpassungsfähigkeit an die individuellen Verhältnisse gewählt wird, die Verwaltung in den meisten dieser Fälle aber durchaus die Möglichkeit zu einer Regelung durch Verwaltungsakt hätte. Die Verwaltung würde sich dann einen schlechten Dienst erweisen, wenn sie zur gerechteren Regelung des Einzelfalles von der Vertragsform Gebrauch macht und ihrem Handeln damit gleichzeitig jeder Autoritätsschutz entzogen wäre. Auch der Bürger wird grundsätzlich auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns vertrauen und sich auf den Bestand des Vertrages besonders verlassen, weil er an seinem Zustandekommen beteiligt war [491]. Die Zweiseitigkeit des Vertrages rechtfertigt es, den Vertragspartner einerseits grundsätzlich an die Belastungen des Vertrages zu binden und ihm andererseits einen Schutz seines Vertrauens in den Bestand der für ihn günstigen Regelungen einzuräumen [492]. Da das Interesse des Staates an Rechtssicherheit beim Vertrag nicht geringer sein kann als beim Verwaltungsakt [493], muß auch der verwaltungsrechtliche Vertrag die "Vermutung" der Rechtmäßigkeit und Gültigkeit für sich haben [494].

---

490) Rüfner, S. 341.

491) Vgl. Kottke, S. 81.

492) Vgl. Ule, Planspiel S. 97.

493) Vgl. Stein, AöR 86 (1961), 331.

494) Vgl. Scheerbarth, § 65, unter Hinweis auf Jellinek, Verwaltungsrecht 1928, S. 245, der aber unter "Vereinbarung" die von ihm so bezeichneten zweiseitigen Verwaltungsakte versteht, nicht aber "wirkliche öffentlich-rechtliche Verträge".
Dabei handelt es sich nicht um eine echte Vermutung im Sinne einer Beweislastverteilungsregel: s. Menger, DRiZ 1967, 383.

(Z) Es wird daher im Einklang mit der wohl schon herrschenden Meinung [495] der Entscheidung des Entwurfs zugestimmt, nach der nicht jede Rechtswidrigkeit zur Nichtigkeit eines verwaltungsrechtlichen Vertrages führt, sondern wie bei Verwaltungsakten zwischen rechtswidrigen, wirksamen und rechtswidrigen, unwirksamen Verträgen zu unterscheiden ist.

b) Nichtigkeitsgründe im einzelnen

1) Die Nichtigkeitsgründe des Entwurfs

Ein rechtswidriger Vertrag ist nichtig, wenn das Interesse des Staates an der Richtigkeit einer Regelung höher ist als sein Interesse an Autoritäts- und Vertrauensschutz und damit an Rechtssicherheit [496].

Da das Interesse des Staates an der Richtigkeit eines Vertrages nicht geringer ist als an der Richtigkeit eines Verwaltungsaktes, führt die Fehlerhaftigkeit eines Vertrages immer dann zu seiner Nichtigkeit, wenn ein dem Vertrag entsprechender Verwaltungsakt nichtig wäre.[497] Dementsprechend ist nach § 45 Satz 1 Nr. 1 E 63 ein Vertrag nichtig, wenn ein Verwaltungsakt, der die vertragliche Verpflichtung der Behörde zum Inhalt hätte, nichtig wäre [498] [499].

---

495) S. oben S. 128.

496) Vgl. Stein, AöR 86 (1961) 33o f.

497) Völlig h.M.: vgl.Fußn.477, 478.

498) Bei der Regelung der Nichtigkeit von Verwaltungsakten folgt der Entwurf in § 34 der von der h.M. vertretenen Evidenztheorie: vgl. Einzelbegründung E 63, S. 153 unter Hinweis auf Ule,DVBl 196o,6o9.

499) Der Fall, in dem ein Verwaltungsakt nichtig wäre, der dem Bürger eine dem Vertrag entsprechende Verpflichtung auferlegt, wird durch § 45 Satz 1 Nr.4 und Nr. 5 erfaßt.

Nach § 45 Satz 1 Nr. 2 E 63 ist der Vertrag nichtig, wenn ein Verwaltungsakt, der die vertragliche Verpflichtung der Behörde zum Inhalt hätte, nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 34 rechtswidrig wäre und dies den Vertragsschließenden bekannt war. Dieser Vorschrift ist zuzustimmen, denn sie verhindert, daß die Parteien die Vertragsform mißbrauchen, um in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen.[500] Das Vertrauen der Partner in die Wirksamkeit des Vertrages ist dann nicht schutzwürdig.

Autoritäts- und Vertrauensschutz sind auch dann nicht zu gewähren, wenn die Voraussetzungen eines Vergleichsvertrages nicht vorlagen und ein entsprechender Verwaltungsakt der Behörde nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 36 rechtswidrig wäre. Da Vergleichsverträge in hohem Maße mit der Möglichkeit inhaltlicher Gesetzesinkongruenz belastet sind, müssen strenge Sanktionen für den Fall vorgesehen werden, daß der Vergleich die in § 41 E 63 normierten Schranken verletzt. Es muß verhindert werden, daß der Vergleichsvertrag dazu mißbraucht wird, einen an sich rechtlich mißbilligten Erfolg herbeizuführen[501]. Die für den Fall eines solchen Verstoßes durch § 45 Satz 1 Nr. 3 angeordnete Folge der Nichtigkeit ist daher gerechtfertigt.

---

500) Das Bedenken Mengers, VerwArch 52 (1961) 211, die Gefahr des "Sicharrangierens" sei beim Vertrag größer als beim Verwaltungsakt, ist dadurch und durch die Regelung des § 45 Satz 1 Nr. 4 und Nr.5 ausgeräumt. Auch der Forderung Rüfners, S. 342, ein gesetzwidriges Arrangement müsse die Nichtigkeit des Vertrages nach sich ziehen, ist dadurch entsprochen.

501) Einzelbegründung E 63, S. 201.

Weiter bestimmt der Entwurf in § 45 Satz 1 Nr. 4, daß ein Vertrag nichtig ist, wenn sich die Behörde in einem Austauschvertrag eine unzulässige Gegenleistung versprechen läßt. So soll sichergestellt werden, daß die Behörde ihre überlegene Position nicht dazu mißbraucht, sich im Rahmen eines Austauschvertrages unzulässige Gegenleistungen versprechen zu lassen [502]. Angesichts der häufig geäußerten Befürchtung, der Bürger könne durch den verwaltungsrechtlichen Vertrag in die Gefahr geraten, ein Objekt der "Ausbeutung" zu werden [503], kann diese Bestimmung nur begrüßt werden [504], insbesondere deswegen, weil der Entwurf eine Aufhebbarkeit des Vertrages analog der Anfechtbarkeit eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nicht kennt.

Auch die Übernahme der Nichtigkeitsgründe des BGB durch § 45 Satz 1 Nr. 5 E 63 ist wegen der Schwere der zugrundeliegenden Fehler gerechtfertigt [505]. Da viele Nichtigkeitsgründe schon über § 45 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 34 E 63 erfaßt werden, ist § 45 Satz 1 Nr. 5 nur noch für einen verhältnismäßig geringen Bereich von Bedeutung. Hinzuweisen ist besonders auf §§ 104, 105 BGB (Geschäftsunfähigkeit), § 116 BGB (Geheimer Vorbehalt), § 117 BGB (Scheingeschäft), § 118 BGB (Mangel der Ernstlichkeit), § 125 (Formmangel).

Einen weiteren allgemeinen Nichtigkeitsgrund enthält § 45 Satz 2, wonach der Vertrag im ganzen nichtig ist, wenn anzunehmen ist, daß er ohne den nichtigen Teil

---

502) Einzelbegründung E 63, S. 201.

503) So Menger-Erichsen, VerwArch 58 (1967), 172.

504) Zustimmend auch Kottke, S. 98, allerdings mit Einschränkungen.

505) Ausführlich zu der Übernahme der BGB-Nichtigkeitsgründe s. Kottke, S. 76 ff..

nicht abgeschlossen wäre. Gegen diese Übernahme der Vermutung des § 139 BGB, wonach die Nichtigkeit im Zweifel den ganzen Vertrag ergreift, bestehen keine Bedenken. Es handelt sich insofern um einen allgemeinen Rechtsgedanken [506], wogegen die für Verwaltungsakte geltende Umkehrung ein Sonderfall ist, der auf dem Grundsatz möglichster Rechtsbeständigkeit hoheitlicher Maßnahmen beruht [507].

2) Erweiterung der Nichtigkeitsgründe

Obwohl der Musterentwurf die Nichtigkeitsgründe beim verwaltungsrechtlichen Vertrag gegenüber denen beim Verwaltungsakt ausdehnt, ist fraglich, ob nicht weitere Fehlergruppen die Nichtigkeit eines Vertrages erfordern. Zu denken ist hier vor allem an die Folgen eines Verstoßes gegen § 4o Abs. 1 E 63 (Zulässigkeit der Handlungsform). Ein solcher Verstoß ist in § 45 E 63, der eine abschließende Aufzählung der Nichtigkeitsgründe darstellt, nicht erfaßt. Da der Entwurf eine andere Fehlerfolge nicht kennt [508], könnten Vertrag und Verwaltungsakt willkürlich gegeneinander ausgetauscht werden, so daß § 4o Abs. 1 E 63 leerliefe. Da der Entwurf aber auch nicht an alle inhaltlichen Fehler von Verträgen Folgen knüpft, könnte die Verwaltung willkürlich durch Auswechseln des gesetzlich vorgesehenen Verwaltungsmittels rechtswidrige, bestandskräftige Regelungen herbeiführen.

(Z) Um dieser Gefahr vorzubeugen, wird vorgeschlagen, in § 45 Satz 1 anzuordnen, daß auch ein Verstoß gegen

---

506) Vgl. BVerwGE 4, 111 (119).
507) Vgl. Wolff, § 51 VI.
508) Vgl. dazu im Folgenden unter c).

§ 4o Abs. 1 zur Nichtigkeit des Vertrages führt, wenn ein anstelle des Vertrages erlassener Verwaltungsakt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 36 rechtswidrig wäre [5o9].

c) Die Bestandskraft rechtswidriger Verträge

1) Rücktrittsrecht des Bürgers

Nach dem Entwurf ist ein rechtswidriger Vertrag, der nicht nach § 45 nichtig ist, "bestandskräftig", d.h. er kann durch den Bürger nicht mehr unter Berufung auf die Rechtswidrigkeit in seinem Bestand angegriffen werden. Es ist aber zweifelhaft, ob nicht der Bürger, ebenso wie er einen rechtswidrigen, jedoch nicht nichtigen Verwaltungsakt anfechten kann, befugt sein muß, von einem wirksamen Vertrag zurückzutreten oder ihn zu kündigen [5lo], wenn sich herausstellt, daß ein Verwaltungsakt mit entsprechendem Inhalt anfechtbar gewesen wäre. Ein Teil der Lehre gesteht dem Bürger eine solche

---

5o9) Vgl. dazu auch Kottke, S. 82; Menger-Erichsen, VerwArch 58 (1967), 177; Scheerbarth, § 63, die aber die Nichtigkeit des Vertrages schon dann eintreten lassen wollen, wenn lediglich die Anwendung des Verwaltungsmittels "Vertrag" unzulässig ist, gleichgültig, ob der Vertragsinhalt rechtmäßig ist oder nicht. Geht man aber wie Kottke, ebenda, und Scheerbarth, ebenda, davon aus, daß es rechtswidrige, aber dennoch wirksame Verträge gibt, dann liegt es näher, im Interesse der Rechtssicherheit einen wegen Unzulässigkeit der Handlungsform rechtswidrigen Vertrag erst dann nichtig sein zu lassen, wenn auch der Inhalt des Vertrages rechtswidrig ist.

5lo) Entsprechend dem zivilrechtlichen Sprachgebrauch soll die Beseitigung des Vertrages mit Wirkung ex nunc als Kündigung, die Beseitigung mit Wirkung ex tunc als Rücktritt bezeichnet werden. Vgl. Gitzinger, S. 68; Kottke, S. 13o; Salzwedel, S. 112; kritisch Haueisen, DVBl 1968, 288 Fußn.43.

Befugnis zu [511]. M.E. läßt sich eine derartige Parallele zum Verwaltungsakt jedoch nicht ziehen. Eine Aufhebbarkeit verwaltungsrechtlicher Verträge analog der Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten kann es nicht geben.

Diese Ansicht läßt sich zwar nicht mit dem Argument der Verfasser des Entwurfs [512] begründen, die ein derartiges Aufhebungsrecht als mit dem Wesen des Vertrages unvereinbar ansehen, weil sonst der Bestand des Vertrages unerträglich belastet wäre [513]. Auch das Anfechtungsrecht der §§ 119 ff. BGB, dem eine vergleichbare Sachproblematik zugrunde liegt [514], läuft dem Wesen des bürgerlich-rechtlichen Vertrages nicht zuwider.

Die Annahme eines mit der Rechtswidrigkeit des Vertrages begründeten Rücktrittsrechts muß jedoch ebenfalls auf Skepsis stoßen. Der verwaltungsrechtliche Vertrag darf auf dem Gebiet der gesetzesakzessorischen Verwaltung nach h.M. nur Mittel des Normenvollzuges sein [515]. Durch ihn dürfen keine Rechte und Pflichten praeter oder contra legem begründet, verändert oder aufgehoben werden. Der Vertrag hat hier keine austauschlegitimierende Funktion. Käme dem Vertrag gegenüber dem Verwaltungsakt auch kein Bindungsmehrwert zu, dann müßte man mit Menger [516] die Frage aufwerfen, ob ein solches Gebilde noch die Bezeichnung "Vertrag" verdient, denn es unterschiede sich nicht mehr wesentlich von einem Verwaltungsakt, der nach sorgfältiger Gewährung des rechtlichen Gehörs ergangen

---

511) Nachweise s.oben S. 129 f., Fußn.479.
512) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 199 ff..
513) Dieser Auffassung treten vor allem Menger-Erichsen, VerwArch 58 (1967), 177 entgegen.
514) Vgl. Baur, JZ 1963, 47; Martens, AöR 89 (1964),449.
515) Vgl. Kottke, S. 44;Martens, aaO.S.431,468;Menger, VerwArch 52(1961),2o8;Pieper, DVBl 1967, 12 und Fußn.8;Stein,AöR 86(1961),326;Ule,Planspiel S.93.
516) Menger,VerwArch 52 (1961),21o.

ist. Welche Funktion sollte den Vertrag vom Verwaltungsakt abheben? Die herrschende Meinung verweist mehr oder weniger pauschal darauf, daß der Vertrag zur Regelung atypischer Fälle besser als der Verwaltungsakt geeignet und daher unersetzliches Mittel des Verwaltungshandelns sei. Es wäre dann aber wenig sinnvoll, den verwaltungsrechtlichen Vertrag in allen Punkten und auch in seinem Bindungswert wie einen entsprechenden Verwaltungsakt zu behandeln [517].

Der Vertrag wird als d a s dem demokratischen Rechtsstaat adäquate Mittel zur Regelung der Beziehungen zwischen dem Staat und seinen Bürgern gepriesen. "Während sich beim Verwaltungsakt Staat und Bürger sozusagen Auge in Auge gegenüberstehen, gehen sie beim Vertragsschluß Hand in Hand" [518]. Der Vertrag soll daher in höherem Maße als der Verwaltungsakt geeignet sein, den Rechtsfrieden zu wahren und die Zahl der eingelegten Rechtsmittel einzuschränken, die gerade bei der einseitigen Regelung atypischer Sachverhalte zu befürchten sind [519]. Weist man so dem Vertrag die Funktion zu, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden in höherem Maße zu gewährleisten als der Verwaltungsakt, dann liegt es nahe, den verwaltungsrechtlichen Vertrag mit Eintritt seiner Wirksamkeit bestandskräftig werden zu lassen. Ein solches Ergebnis ist auch dogmatisch haltbar.

In der Tat hätte doch ein auf die Rechtswidrigkeit des Vertrages gestützter Rücktritt des Bürgers etwas von einem Verstoß gegen Treu und Glauben aus dem Gesichtspunkt des venire contra factum proprium an sich, denn der Bürger würde sich gegen einen Zustand wenden, den

---

517) Folgerichtig hält Pieper, DVBl 1967, 18, den verwaltungsrechtlichen Vertrag für entbehrlich.

518) Schick, S. 8.

519) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 188; Scheerbarth, § 62; Schick, S. 8; Stein, AöR 86 (1961), 331.

er selbst unter Überrahme eigener Verantwortung willensfehlerfrei mit herbeigeführt hat [52o]. Dieses freiwillige Eingehen einer vertraglichen Bindung vermag zwar die Rechtswidrigkeit eines Vertrages nicht zu beseitigen [521], ist aber einem Verzicht auf das Anfechtungsrecht oder dem freiwilligen Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist nach Erlaß eines Verwaltungsaktes gleichzusetzen [522].

Für ein Rücktrittsrecht des Bürgers besteht auch kein Bedürfnis. Die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten "...beruht darauf, daß sich der Bürger gegen die verbindliche Wirkung dieser Entscheidungen nicht anders als durch Anrufung einer staatlichen Instanz wehren kann, weil Staatsakte nur durch Staatsakte aufgehoben werden können. Verwaltungsverträge aber können nicht gegen den Willen des Vertragspartners zustandekommen" [523]. Weiter ist zu bedenken, daß der Bürger in einigen Fällen der Rechtswidrigkeit die Möglichkeit haben wird, den Vertrag nach §§ 119 ff. BGB analog [524] anzufechten [525], sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen [526] oder Schadensersatz wegen culpa in contrahendo zu verlangen [527], Möglichkeiten, die ihm einem Verwaltungsakt gegenüber nicht offenstünden.

52o) Vgl. auch Scheerbarth, § 63, unter Berufung auf OVG Münster, E 8, 7, 12.

521) S. oben S. 96 f..

522) Vgl. Stein, AöR 86 (1961), 33o; Scheerbarth, § 65.

523) Stein, ebenda.

524) §§ 119 ff. BGB finden nach völlig h.M. auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag entsprechende Anwendung: vgl. etwa Apelt, S. 217; Forsthoff, S.269; Imboden, S. 97; Obermayer, S. 37; Wolff, § 44 IIIa.

525) Vgl. hierzu Kottke, S. 115 ff..

526) Hierauf wird im VII. Kapitel noch eingegangen.

527) Vgl. hierzu Schwär, S. 168 ff.; Simons, S. 172 ff..

(Z) Es kann daher dem Entwurf zugestimmt werden, wenn er die Einführung einer Aufhebbarkeit von rechtswidrigen Verträgen analog der Anfechtbarkeit von rechtswidrigen Verwaltungsakten ablehnt.

2) Rücktrittsrecht der Behörde

Aus der durch den Vertrag bedingten Gleichordnung der Vertragspartner folgt, daß auch der Behörde grundsätzlich kein allein auf die Rechtswidrigkeit des Vertrages gestütztes Rücktrittsrecht analog der Widerrufbarkeit rechtswidriger Verwaltungsakte zustehen kann [528]. Der Entwurf kennt jedoch in § 46 E 63 ein besonderes, nur der Behörde zustehendes Kündigungsrecht, das im folgenden 7. Kapitel erörtert werden soll.

B) Zu § 45 E 66

§ 45 E 66 weicht in sachlicher Hinsicht nicht von § 45 E 63 ab, bringt aber in sprachlicher Hinsicht und im Aufbau der Vorschrift Verbesserungen. Die in Nr. 5 des Musterentwurfs enthaltene Verweisung auf die Nichtigkeitsgründe des Bürgerlichen Gesetzbuches enthält die allgemeinste Regel, die sowohl für koordinationsrechtliche als auch für subordinationsrechtliche Verträge gilt. Sie ist deshalb als eigener Absatz im E 66 an die Spitze gestellt worden [529]. Absatz 2 enthält nur noch die speziellen Regelungen für die Nichtigkeit subordinationsrechtlicher Verträge. Die Auswirkung der

---

528) A.A.: Haueisen, NJW 1969, 126, im wesentlichen mit der Begründung, der Bürger dürfe nicht erwarten, daß die vertragsschließende Behörde sich stärker binden wolle und könne als bei einer Übernahme von Verpflichtungen durch Verwaltungsakt. M.E. ist das Vertrauen des Bürgers in den Bestand des Vertrages wegen seiner Zweiseitigkeit höher als beim Verwaltungsakt. Der Bürger wird erwarten, daß die Behörde genauso gebunden ist wie er.

529) Vgl. Ergebnisniederschrift S. 44.

Teilnichtigkeit bezieht sich auf jeden verwaltungsrechtlichen Vertrag und ist daher in einem eigenen, dritten Absatz geregelt. Dem neuen Aufbau ist zuzustimmen.

C) Zu § 126 LVwG

I) Die Entscheidung des Landesgesetzgebers

Der Gesetzgeber von Schleswig-Holstein hat zwar in § 126 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 die Regelung des Entwurfs in der Fassung von 1966 übernommen, glaubte aber, einige weitere Fälle der Rechtswidrigkeit von Verträgen nicht aussparen und ohne Folgen lassen zu können [530].

Nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 u. Nr. 2 haben alle Verstöße gegen die Vorschriften über die Zulässigkeit der Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages, über den Vergleichsvertrag und über den Austauschvertrag, die nicht nach Abs. 1 u. Abs. 2 zur Nichtigkeit des Vertrages führen, die Unwirksamkeit des Vertrages zur Folge. Um den Bestand des Vertrages nicht zu sehr zu belasten, bestimmt § 126 Abs. 3 Satz 2, daß die Unwirksamkeit nur von den Vertragspartnern und nur binnen eines Monats nach Vertragsschluß geltend gemacht werden kann. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit ist schriftlich zu erklären und soll begründet werden: § 126 Abs. 3 Satz 3.

II) Stellungnahme

Das Landesverwaltungsgesetz weicht mit der getroffenen Regelung entscheidend von dem Musterentwurf ab, bietet

---

530) Er weicht damit von der Regierungsvorlage ab, die dem E 66 folgte: vgl. Reg.E., S.231. Eine Begründung für die Abweichung liegt nicht vor, da der eingesetzte Sonderausschuß des Landtages nur in einer Sitzung öffentlich beraten hat, in der der verwaltungsrechtliche Vertrag nicht Beratungsgegenstand war: s.Bericht des Sonderausschusses, S.1.

aber nicht nur aus diesem Grunde Anlaß zur Kritik. Es soll nunmehr vier Arten rechtswidriger Verträge geben, nämlich nichtige, endgültig wirksame, schwebend unwirksame (§ 125!) und schwebend wirksame Verträge. Im letzten Fall spricht das Landesverwaltungsgesetz zwar von einer Unwirksamkeit, die aber nur von den Vertragsparteien und nur innerhalb eines Monats nach Vertragsschluß geltend gemacht werden kann. Da diese Regelung ersichtlich eine Parallele zur Anfechtbarkeit bzw. Widerrufbarkeit rechtswidriger Verwaltungsakte darstellen soll [531], dürfte sie in terminologischer Hinsicht mißglückt sein, denn der Vertrag soll doch wohl wirksam sein und auch bleiben, wenn die "Unwirksamkeit" nicht geltend gemacht wird, er soll also wirksam, aber vernichtbar sein [532].

Eine solche Vernichtbarkeit verwaltungsrechtlicher Verträge wurde schon oben - nicht ohne Gründe - abgelehnt. Führt man aber schon parallel zur Regelung bei rechtswidrigen Verwaltungsakten eine derartige Möglichkeit ein, dann hätte es näher gelegen, die Folgen der Fehlerhaftigkeit verwaltungsrechtlicher Verträge im ganzen parallel zum Verwaltungsakt zu gestalten, wohingegen die jetzige Regelung noch immer nicht alle Fälle der Rechtswidrigkeit von Verträgen erfaßt. Ungeregelt bleibt z.B. der Fall eines Austauschvertrages, in dem sich die Behörde zu einer Leistung verpflichtet, die sie nicht gewähren darf, die Voraussetzungen des § 123 vorliegen, und die Parteien die Rechtswidrigkeit der Verpflichtung nicht kennen. Ungeregelt bleiben aber auch alle Fälle unbenannter verwaltungsrechtlicher Verträge. Hier ist vor allem nicht einzusehen, warum ein

---

531) Vgl. v.d. Groeben-Knack, § 126, 1.2.

532) Vgl. Haueisen, NJW 1969,124 f.; Ule-Sellmann,DVBl 1967, 841.

rechtswidriger Austausch- oder Vergleichsvertrag vernichtbar sein soll, ein einseitig verpflichtender Vertrag aber, der einem Verwaltungsakt doch viel näher steht, mit Eintritt der Wirksamkeit bestandskräftig wird.

Eine weitere Inkonsequenz liegt darin, daß das Landesverwaltungsgesetz die vom Entwurf vorgesehene Ausweitung der Nichtigkeitsgründe beibehält, obwohl doch der dafür maßgebliche Grund, verwaltungsrechtlichen Verträgen im übrigen im Interesse des Autoritäts- und Vertrauensschutzes trotz Fehlerhaftigkeit sofortige Bestandskraft einräumen zu können, nicht beachtet wird.

Hier liegt auch die Ursache dafür, daß die tatbestandliche Abgrenzung von Nichtigkeits- und Vernichtbarkeitsgründen Schwierigkeiten bereitet [533], die der Rechtssicherheit schaden. Nach § 126 Abs. 2 Nr. 3 LVwG [534] ist ein Vertrag nichtig, wenn die Voraussetzungen zum Abschluß eines Vergleichsvertrages nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt, der die im Vertrag übernommene Verpflichtung der Behörde zum Inhalt hätte, rechtswidrig wäre. Nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 [535] ist ein Vertrag vernichtbar, wenn die Voraussetzungen des § 122 (Vergleichsvertrag) nicht vorliegen und ein Verwaltungsakt, der die im Vertrag übernommene Verpflichtung zum Inhalt hätte, rechtswidrig wäre. Vom Tempuswechsel abgesehen besteht der einzige bemerkbare Unterschied darin, daß bei der zweiten Formulierung die Bestimmung fehlt, nach der es sich um eine gerade von "der Behörde" übernommene Verpflichtung handeln muß. Will man darin

---

533) S. v.d. Groeben-Knack, § 126, 1: "...nicht ganz leicht zu verstehende Vorschrift...."

534) Verkürzt.

535) Verkürzt.

einen sachlichen Unterschied zur ersten Formulierung sehen, dann muß es sich im zweiten Fall um die von dem Bürger im Vergleichsvertrag übernommene Verpflichtung handeln, die, wenn sie durch Verwaltungsakt auferlegt würde, rechtswidrig wäre. Dann wäre der Bürger aber in krasser Weise schlechter gestellt als die Behörde. Er müßte nach Ablauf der "Anfechtungsfrist" seiner Verpflichtung nachkommen, die Behörde könnte sich hingegen, soweit sie sich in dem Vergleich verpflichtete, auf die Nichtigkeit ihrer Verpflichtung berufen. Besteht zwischen beiden Formulierungen nicht dieser einzig denkbare sachliche Unterschied, wurde der Zusatz "der Behörde" also absichtslos fortgelassen, dann ist § 126 Abs.3 Satz 1 Nr. 1 1. Alt. überflüssig, da in diesem Fall schon Nichtigkeit nach § 126 Abs. 2 Nr. 3 vorliegt. Oder sollte der Gesetzgeber an die Figur der sog. "Doppelwirkung im Recht" [536] gedacht haben?

(Z) Zusammenfassend ist zu der Regelung des § 126 LVwG zu sagen, daß die durch die Einführung der Vernichtbarkeit vorgenommene Annäherung an die Regelung für Verwaltungsakte im Grundsätzlichen abzulehnen ist und ausserdem inkonsequent und mangelhaft durchgeführt ist.

D) Abänderungsvorschlag

Es wird daher vorgeschlagen, es bei der Regelung des Entwurfs in der Fassung von 1966 zu belassen, jedoch den Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages durch den des verwaltungsrechtlichen Vertrages zu ersetzen und einen Verstoß gegen die Zulässigkeit der Vertragsform durch eine neu einzufügende Nummer 5 in Absatz 2 des § 45 E 66 zu erfassen. Die Vorschrift könnte dann folgende Fassung erhalten:

---

536) Vgl. dazu Kipp,S.224 ff..

"§ 45

Nichtigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages

(1) unverändert

(2) Ein Vertrag im Sinne des § 4o Satz 2 ist ferner nichtig, soweit

1. - 4. unverändert

5. von der Handlungsform des verwaltungsrechtlichen Vertrages kein Gebrauch gemacht werden durfte und ein anstelle des Vertrages erlassener Verwaltungsakt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 36 rechtswidrig wäre.

(3) unverändert."

7. Kapitel

Kündigung des öffentlich-rechtlichen Vertrages nach §§ 46 E 63, E 66, 127 LVwG

§ 46 des Musterentwurfs alter und neuer Fassung und § 127 des Landesverwaltungsgesetzes regeln im Wortlaut übereinstimmend die Kündigung des verwaltungsrechtlichen Vertrages. In Abweichung von § 46 E 63 führt die Entwurfsfassung von 1966, der das Landesverwaltungsgesetz folgt, das Erfordernis der Schriftform für die Kündigung ein. Die folgende Erörterung kann daher im übrigen auf § 46 E 63 beschränkt werden.

A) Zu § 46 E 63

I

I) Die Entscheidung des Entwurfs

Nach § 46 Satz 1 kann jeder der Vertragsschließenden den Vertrag kündigen, wenn sich die Verhältnisse seit seinem Abschluß so wesentlich geändert haben, daß ihm ein weiteres Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Nach Satz 2 kann die Behörde den Vertrag auch kündigen, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen. Gemäß Satz 3 soll die Kündigung begründet werden.

Satz 1 soll nach dem Willen der Verfasser [537] allgemeine rechtliche Vorstellungen wiedergeben, wie sie in dem Grundsatz der clausula rebus sic stantibus und dem im bürgerlichen Recht entwickelten Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage Niederschlag gefunden hätten. Hingegen komme die bei Verwaltungsakten bestehende Möglichkeit einseitiger Aufhebung seitens der Verwaltung bei Verträgen nicht in Betracht. Die

---

537) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 2o2 f..

Verwaltung müsse wie der Bürger grundsätzlich dem Satz "pacta sunt servanda" unterworfen sein. Der Nachteil, daß die Behörde beim Abschluß eines Vertrages stärker gebunden sei als durch einen Verwaltungsakt, müsse in Kauf genommen werden, denn dies erscheine nicht als so großer Nachteil für die Verwaltung, als daß deshalb auf das Gestaltungsmittel des Vertrages verzichtet werden sollte. Jedoch dürfe der Satz "pacta sunt servanda" nicht durchgreifen, wenn das Festhalten am Vertrag schwere Nachteile für das Gemeinwohl zur Folge hätte. Für diesen Sonderfall sei der Behörde in Satz 2 ein zusätzliches Lösungsrecht eingeräumt worden. Die Rechtsfolgen der Kündigung seien bewußt nicht normiert worden, vielmehr solle es dem Einzelfall überlassen bleiben, wie sich die Abwicklung des Interessenausgleichs zwischen den Vertragspartnern zu gestalten habe.

II) Kritische Stimmen

Mit § 46 des Entwurfs haben sich vor allem Redeker [538] und Ule-Becker [539] auseinandergesetzt. Redeker bemängelt zunächst, daß der Entwurf bei einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse zur Beendigung eines Vertragsverhältnisses die Kündigung des Vertragspartners verlange, während nach überwiegender Meinung in einem solchen Falle das Vertragsverhältnis kraft Gesetzes entfalle oder seine Umgestaltung erfahre [540]. Weiter wendet sich Redeker gegen die Regelung des § 46 Satz 2, die unnötig sei, da hier nur wenige Fälle denkbar seien, die sich nicht schon durch § 46 Satz 1 erfassen ließen [541]. Bleibe es aber bei dem besonderen Kündigungsrecht der Behörde, so müsse eine Entschädigungs-

538) Redeker, DÖV 1966, 546 ff.
539) Ule-Becker, S. 7o ff.
54o) Redeker, DÖV 1966, 547.
541) Nach Kottke, S. 129, ist Satz 2 überflüssig, da ein Vertrag, durch den dem Gemeinwohl schwere Nachteile drohen, auf eine unmögliche (!) Leistung gerichtet und daher nichtig sei.

regelung vorgesehen werden, da es sich nicht um ein dem Vertragsrecht angehöriges Institut handele, sondern um nichts anderes als um die modifizierte Befugnis, aus Gründen des Gemeinwohls Rechte zu entziehen. Es stelle daher eine entschädigungspflichtige Enteignung dar [542]. Auch Ule und Becker fordern für den Fall einer Beibehaltung des § 46 Satz 2 wenigstens eine Entschädigungsregelung im Grundsätzlichen [543], wenden sich aber schon gegen die Einführung eines besonderen Kündigungsrechts, weil es das vertragliche Gleichgewicht zwischen Behörde und Bürger störe. Die Entwurfsregelung erwecke den Eindruck, daß der Behörde in verkappter Form Hoheitsrechte eingeräumt seien [544]. Schon um diesen Eindruck zu vermeiden, solle § 46 Satz 2 gestrichen werden, denn § 46 Satz 1 werde wohl die Fälle decken, in denen der Vertrag schwere Nachteile für das Gemeinwohl mitsichbringe, da der Behörde dann ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten sei. Unklar sei allerdings, ob Satz 2 nur den Fall regele, in dem die schweren Nachteile für das Gemeinwohl erst nach Vertragsschluß einträten, oder ob die Vorschrift auch den Fall betreffe, daß bereits der Abschluß des Vertrages schwere Nachteile für das Gemeinwohl mitsichbringe. Satz 1 erfasse jedenfalls nur den Zeitraum nach Vertragsschluß [545].

III) Stellungnahme

a) Der Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 46 S.1 E 63

Wie jeder Vertrag so muß auch der verwaltungsrechtliche Vertrag unter bestimmten Voraussetzungen einseitig auflösbar sein. Ein derartiges Gestaltungsrecht wurde schon

542) Redeker, DÖV 1966, 548.
543) Ule-Becker, S. 72; ebenso Ule, Planspiel S. 98 f..
544) Ule-Becker, S. 7o.
545) Ule-Becker, S. 71.

früh unter Hinweis auf die clausula rebus sic stantibus bejaht [546]. Dieses Regelungsprinzip allgemeiner Art hat im Rahmen des § 242 BGB durch die aus dem Grundsatz von Treu und Glauben entwickelte Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage eine Konkretisierung erfahren. Da das Prinzip von Treu und Glauben einen allgemeinen Rechtsgrundsatz darstellt, dessen Geltung für das Verwaltungsrecht einhellig anerkannt wird [547], haben die Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage auch im Verwaltungsrecht einen ausgedehnten Anwendungsbereich gefunden [548]. Das Bestreben des Bund-Länderausschusses, diese Grundsätze für den verwaltungsrechtlichen Vertrag gesetzlich festzulegen, verdient daher Zustimmung.

Freilich ist die Formulierung des Entwurfs in § 46 Satz 1 recht allgemein gehalten. Es wird lediglich auf die Unzumutbarkeit weiteren Festhaltens am Vertrage abgestellt, wenn sich gewisse Verhältnisse ändern. Ungeklärt bleibt, wie der Kreis dieser Verhältnisse zu bestimmen ist. Es bleibt offen, welche Umstände und Verhältnisse Geschäftsgrundlage eines verwaltungsrechtlichen Vertrages sein können. Hieraus erwächst dem Entwurf jedoch kein Vorwurf, denn auch im bürgerlichen Recht ist eine völlig befriedigende Festlegung, wann ein Umstand Geschäftsgrundlage eines Vertrages ist, noch nicht gefunden [549]. Der Fassung des Entwurfs und

---

546) Vgl. etwa Apelt, S. 217 f..

547) Vgl. Wolff, §§ 25 I b, 3o II b 1.

548) Vgl. Simons, S. 183, mit weiteren Nachweisen S.18o Fußn. 16o.

549) Wie der Entwurf so stellt auch der BGH (LM § 242 (Bb) Nr. 39) auf die "Unzumutbarkeit" oder die "Vereinbarkeit mit Recht und Gerechtigkeit" ab. Überwiegend verwendet die Rechtsprechung die sog. Oertmannsche Formel, nach der Geschäftsgrundlage die bei Vertragsschluß zutage getretene, vom Geschäftsgegner in ihrer Bedeutung erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder

der Begründung zu § 46 Satz 1 wird man aber entnehmen müssen, daß der Bund-Länderausschuß nicht beabsichtigte, bestimmte, im Rahmen der bürgerlich-rechtlichen Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelte Institute auszuschließen oder die Geschäftsgrundlagen verwaltungsrechtlicher Verträge gegenüber denen bürgerlich-rechtlicher Verträge enger zu fassen [55o]. § 46 Satz 1 greift daher in den Fällen der "Unerreichbarkeit des Vertragszweckes" [551], der "Unzumutbarkeit der Leistung aus persönlichen Gründen" [552], der "überobligationsmäßigen Schwierigkeit" [553] und den Fällen des Wegfalls oder des Fehlens [554] der objektiven oder subjektiven

---

die gemeinsame Vorstellung beider Teile vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt oder Nichteintritt gewisser Umstände ist, auf der sich der Geschäftswille aufbaut (vgl. RGZ 168, 126; BGH NJW 1964, 861).
Nach Enneccerus-Lehmann (§ 41 II 4) wird die Geschäftsgrundlage durch die Umstände gebildet, deren grundlegende Bedeutung für den Vertragsschluß dem Vertragspartner erkennbar geworden ist, und nur die Gewißheit, daß der Umstand vorhanden ist, eintritt oder nicht eintritt, die Parteien davon abgehalten hat, ihn als Bedingung aufzunehmen, worauf die andere Partei sich redlicherweise hätte einlassen müssen. Ähnlich Medicus, § 7 III 1.
Larenz (Geschäftsgrundlage S. 184, AT § 26 III, Schr § 2o II) und Enneccerus-Nipperdey (§ 177 III, IV) unterscheiden zwischen subjektiver und objektiver Geschäftsgrundlage. Subjektive Geschäftsgrundlage sind gemeinsame Vorstellungen oder Erwartungen beider Vertragsparteien, von denen sie sich bei Abschluß des Vertrages haben leiten lassen. Objektive Geschäftsgrundlage ist jeder Umstand, dessen Vorhandensein oder Fortdauer objektiv erforderlich ist, damit der Vertrag " im Sinne der Intentionen beider Parteien - noch als sinnvolle Regelung bestehen kann.

55o) Auch das BVerwG, DVBl 1967, 62o m.w.N., knüpft an die Zivilrechtsprechung an.

551) Vgl. hierzu Esser, § 35.

552) Vgl. hierzu Larenz, Schr § 1o II c.

553) Vgl. hierzu Larenz, Schr § 2o I b.

554) Zwar spricht § 46 Satz 1 diesen Fall nicht ausdrücklich an, doch steht das Fehlen der Geschäftsgrundlage ihrem Wegfall zweifellos gleich: vgl. BVerwGE 17,339.

Geschäftsgrundlage [555] ein.

Kritik verdient jedoch - und hier ist den oben wiedergegebenen Ausführungen Redekers beizupflichten - die Regelung der Rechtsfolge, die der Entwurf an den Wegfall der Geschäftsgrundlage knüpft. Ändern sich nach Vertragsschluß, aber vor vollständiger oder teilweiser Vertragserfüllung die Verhältnisse, die die Geschäftsgrundlage bilden, dann folgt aus dem Grundsatz der Vertragstreue, daß vor vollständiger Auflösung des Vertrages erst eine Anpassung an die veränderten Umstände versucht werden muß. Erst wenn durch eine Abänderung des Vertrages kein für die Parteien zumutbares Ergebnis erzielt werden kann, kommt die vollständige Vertragsauflösung durch Kündigung in Betracht [556] [557].

(Z) Es wird daher vorgeschlagen, in § 46 zum Ausdruck zu bringen, daß der Vertrag erst dann gekündigt werden kann, wenn eine Anpassung an die veränderten Verhältnisse nicht möglich ist.

---

555) Simons, S. 185, ist der Meinung, daß im Rahmen der Lehre vom Wegfall der "Verwaltungsgrundlage" ausschließlich subjektive Erwägungen der Parteien keine Berücksichtigung finden können. Die ausschließliche Sachbezogenheit allen Verwaltungshandelns habe die Konsequenz, daß eine Einflußnahme auf verwaltungsrechtliche Leistungspflichten nur aus Gründen einer Veränderung der objektiven Sachlage, nicht jedoch auf Grund übereinstimmender Fehlvorstellungen der Beteiligten geschehen könne. Dem ist entgegen zu halten, daß die BGB-Regeln über die Irrtumsanfechtung auf verwaltungsrechtliche Verträge Anwendungen finden, der Wegfall der subjektiven Geschäftsgrundlage aber nichts anderes als der Fall eines beiderseitigen Irrtums ist: vgl. Larenz, AT § 26 III. Auch das BVerwG, DVBl 1967, 62o, stellt auf dem Parteiwillen ab.

556) Völlig h.M.: vgl. etwa Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 258 f.; Eckert, DVBl 1962, 17; Imboden, S. 1o7; Kottke, S. 128; Pieper, DVBl 1967, 17; Redeker, DÖV 1966, 547; Simons, S. 186; Wolff, § 44 III a.

557) Keinesfalls erfolgt, wie Redeker (DÖV 1966, 547) meint, eine kraft Gesetzes eintretende Auflösung des Vertrages: vgl. Esser, § 36 III 1.

b) Der Wegfall der Verwaltungsgrundlage nach § 46 Satz 2 E 63

1) Allgemeines

Für die Behörde sieht § 46 Satz 2 ein weiteres Kündigungsrecht zur Verhütung oder Beseitigung schwerer Nachteile für das Gemeinwohl vor. Das Verhältnis dieses Kündigungsrechts zu dem Kündigungsrecht nach § 46 S.1 ist nicht unproblematisch, wie die oben dargestellte Kritik Redekers und Ule-Beckers zeigt. Nach ihrer Ansicht könnte Satz 2 gestrichen werden, da die in ihm getroffene Regelung schon in Satz 1 enthalten sei. Auch eine Änderung der öffentlichen Interessenlage sei eine Änderung der Verhältnisse, die dazu führen könne, daß der Behörde ein Festhalten am Vertrag nicht zuzumuten sei. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Satz 1 und Satz 2 gehen auf verschiedene Anwendungsbereiche der clausula rebus sic stantibus zurück, die zwei verschiedenen Rechtsgedanken entsprechen und unterschiedliche Rechtsfolgen nachsichziehen. Über den Inhalt der clausula herrscht nämlich Streit [558].

Nach der sog. subjektiven Theorie ist die clausula ein Rechtsbehelf zur Korrektur des durch die Verhältnisse überholten Parteiwillens [559]; sie kann aber nicht der Geltendmachung eines veränderten öffentlichen Interesses dienen, also nicht der Ersetzung einer ursprünglich subjektiv-willkürlichen Lösung durch eine objektiv-richtige, d.h. durch eine Lösung, die den Interessen einer Partei wegen größerer Zweckmäßigkeit besser dient [56o]. Diese subjektive Theorie [561]

558) Vgl. dazu Eckert, DVBl 1962, 16 f.

559) Palandt-Danckelmann, § 242 6 c.

56o) So Imboden, S. 1o3.

561) Sie umfaßt auch die Fälle des Wegfalls der objektiven Geschäftsgrundlage, denn auch bei ihrer Feststellung kommt es auf die Intentionen der Parteien an: vgl. Larenz, Geschäftsgrundlage S.185.

entspricht der h.M. im Zivilrecht zum Wegfall der Geschäftsgrundlage [562]; und hat, wie oben gezeigt, in § 46 Satz 1 Niederschlag gefunden [563].

Nach der sog. objektiven Theorie gilt die clausula im öffentlichen Recht in einem erweiterten Umfang. Sie findet auch dann Anwendung, wenn das geänderte öffentliche Interesse die Lösung vom Vertrag fordert [564]. Diese erweiternde Auffassung ist in § 46 Satz 2 E 63 eingegangen [565]. Ihr liegt die Erkenntnis zugrunde, daß das Verwaltungshandeln einer gewissen Flexibilität bedarf, wenn die Interessen der staatlichen Gemeinschaft angesichts der vielfach sich wandelnden und trotzdem stets zu gestaltenden Lebensverhältnisse wirksam wahrgenommen werden sollen [566]. Eine Behörde darf daher auch als Vertragspartner nicht gehindert sein, die ihr im Allgemeininteresse obliegenden Aufgaben wahrzunehmen [567], so daß eine Einschränkung des Satzes "pacta sunt servanda" geboten ist [568]. Zwar wird man nicht sagen können, daß jeder verwaltungsrechtliche Vertrag unter dem Vorbehalt unveränderter Nützlichkeit für die Belange der Allgemeinheit steht [569]; ebenso wenig ist die unveränderte Aussicht auf Profit Geschäftsgrundlage eines privatrechtlichen Vertrages.

---

562) Eckert, DVBl 1962, 17 Fußn. 89.

563) So auch Ule, Planspiel S. 98 im Gegensatz zu Ule-Becker, S. 71;

564) So die h.M.: vgl. BVerwG DÖV 1956, 41o; DVBl 1967, 619; Apelt, AöR 84, 255; Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 259; Eckert, DVBl 1962, 16 f.; Forsthoff, S. 27o; Kottke, S. 126; Menger, VerwArch 52(1961), 21o; Pieper, DVBl 1967, 16 f.; Rüfner, S. 34o; Scheerbarth, § 64; Schulze, S. 78; Simons, S.178ff.

565) So auch Ule, Planspiel S. 98.

566) Vgl. Simons, S. 182.

567) So auch die Einzelbegründung E 63, S. 2o2.

568) H.M.: s.Nachweise in Fußn. 564.

569) Vgl. Forsthoff, S. 171; Eckert, DVBl 1962, 17.

Doch darf der verwaltungsrechtliche Vertrag nicht zu den überragenden Interessen der Allgemeinheit in Widerspruch treten. Fehlt einem Vertrag diese "Verwaltungsgrundlage" [57o] von Anfang an oder fällt sie später fort [571], dann muß die Behörde das Recht haben, den Grundsatz des "pacta sunt servanda" zu durchbrechen und sich vom Vertrag zu lösen [572]. Dieser "Wegfall der Verwaltungsgrundlage" ist nicht identisch mit einem "Wegfall der Geschäftsgrundlage", denn es handelt sich dabei nicht um eine Ausprägung des Satzes von Treu und Glauben, sondern um den Grundsatz, daß das Individualinteresse - hier das Interesse des Bürgers am Fortbestand des Vertrages - dem überwiegenden Allgemeininteresse zu weichen hat [573]. Auf den

---

57o) Dieser Begriff stammt von Simons, S. 184, der ihn allerdings mit der Geschäftsgrundlage verwaltungsrechtlicher Verträge gleichsetzt. Das scheint wenig glücklich, denn der Begriff "Verwaltungsgrundlage" impliziert, daß nur Belange der Verwaltung, nicht aber auch die des Bürgers darunterfallen sollen.

571) Beide Fälle werden durch § 46 Satz 2 E 63 erfaßt: vgl. v.d. Groeben-Knack, § 127, 2.3, zu dem entsprechend lautenden LVwG; a.A. Ule-Becker, S. 71.

572) Die Verwaltungsgrundlage fehlt nicht schon dann, wenn der Vertrag rechtswidrig ist, Anders als bei Verwaltungsakten, die bei Rechtswidrigkeit grundsätzlich frei widerrufbar sind (vgl. Ossenbühl, S. 48 ff.), bleibt die Verwaltung auch bei Rechtswidrigkeit des Vertrages grundsätzlich an diesen gebunden: pacta sunt servanda (s. auch oben S.141). Wie aber bei rechtswidrigen, begünstigenden Verwaltungsakten der Grundsatz freier Rücknehmbarkeit zugunsten des Bürgers eine Einschränkung erfahren kann (Vertrauensschutz), so kann der Grundsatz "pacta sunt servanda" zugunsten der Allgemeinheit eine Einschränkung erfahren (obj. clausula-Theorie). Das für die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte geltende Regel-Ausnahme-Verhältnis erfährt also für rechtswidrige, verwaltungsrechtliche Verträge seine Umkehrung. Für eine Gleichsetzung dagegen: Haueisen, DVBl 1968, 289.

573) So auch Redeker, DÖV 1966, 548.

Wegfall oder das Fehlen der Verwaltungsgrundlage kann sich daher auch nur die Behörde berufen, denn nur ihr obliegt die Wahrnehmung der öffentlichen Interessen[574]!

(Z) Da das Fehlen bzw. der Wegfall der Geschäftsgrundlage vom Fehlen bzw. vom Wegfall der Verwaltungsgrundlage zu unterscheiden ist, kommt § 46 Satz 2 neben § 46 Satz 1 selbständige Bedeutung zu. Die hierhin zielenden Zweifel Redekers und Ule-Beckers sind nicht berechtigt.

2) Entschädigungspflicht

Daraus,daß § 46 S. 1 und S. 2 unterschiedliche Anwendungsbereiche der clausula rebus sic stantibus betreffen, ergibt sich ein Hinweis auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen, die eine Kündigung nach Satz 1 bzw. Satz 2 hat.

Eine Kündigung wegen Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage hat keine Schadensersatzpflicht zur Folge, kann aber zu einer Schadensteilung nach Risikobereichen führen, die durch Ausgleichszahlungen abgewickelt wird.[575] Tragen beide Parteien ein gleiches Risiko, dann entsteht also keine Ausgleichspflicht.

Kündigt hingegen die Behörde zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen, dann liegt eine Sonderbeeinträchtigung des Bürgers vor, dem die subjektiven öffentlichen Rechte aus dem Vertrag entzogen werden, die er durch eigene Leistung erworben hat. Ein solcher Eingriff trägt die Merkmale einer Enteignung und löst daher eine Entschädigungspflicht nach Art. 14 Abs.3 GG

574) So auch Ule, Planspiel S. 98.
575) Vgl. Esser, §§ 31 III, 36 III 2.

aus [576], wonach das erbrachte Opfer immer zu ersetzen ist [577].

Über die Folgen der Kündigung sagt der Musterentwurf nichts aus. In Hinblick auf die Junktim-Klausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG bestehen daher Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des § 46 Satz 2 E 63 [578]. Die Verfasser haben die Folgen der Kündigung bewußt nicht normiert, da die Abwicklung eines Ausgleichs dem Einzelfall überlassen bleiben sollte [579]. Diese Haltung ist wenig verständlich, denn für den Widerruf rechtmäßiger und rechtswidriger, begünstigender Verwaltungsakte haben die Verfasser eine ausführliche Regelung der Entschädigungspflicht getroffen [58o], wobei sie sich darüber im klaren waren, daß diese Entschädigungspflicht auf den Grundsätzen des enteignungsgleichen Eingriffs und der Aufopferung basiert [581]. Im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit ist eine Regelung der Folgen, die eine Ausübung des Kündigungsrechts gemäß § 46 Satz 2 nachsichzieht, dringend erforderlich [582].

(Z) Es wird daher vorgeschlagen, für die Ausübung des Kündigungsrechts nach § 46 Satz 2 eine Entschädigungsregelung zu treffen, die wegen der Ähnlichkeit der Interessenlage der Entwurfsregelung für den Widerruf rechtmäßiger bzw. rechtswidriger, begünstigender Verwaltungsakte folgen kann.

---

576) Ebenso schon Apelt, S. 224 f. Ähnlich auch Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 259; Eckert, DVBl 1962, 17; Kottke, S. 129; Redeker, DÖV 1966, 548; Simons, S. 187; Ule-Becker, S. 72.

577) Vgl. Wolff, § 62 V b.

578) Entsprechendes gilt für § 127 Satz 2 LVwG.

579) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 2o3.

58o) Vgl. §§ 37, 38 E 63.

581) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 181.

582) So auch Ule-Becker, S. 72; Ule, Planspiel S. 98.

B) Abänderungsvorschlag

Unter Berücksichtigung der Änderungen, die die §§ 37,38, 46 durch die Entwurfsfassung von 1966 erfahren haben, könnten die hier vorgeschlagenen Abänderungen durch folgende Neufassungen zum Ausdruck gebracht werden:

"§ 46

Abänderung und Kündigung

Jeder Vertragschließende kann die Abänderung des Vertrages verlangen oder den Vertrag erforderlichenfalls kündigen, wenn sich die Verhältnisse seit seinem Abschluß so wesentlich geändert haben, daß ihm ein unverändertes Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Die gleichen Rechte hat die Behörde auch, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen. In diesem Fall gilt § 38 Abs. 3 entsprechend. Das Abänderungsverlangen und die Kündigung sind schriftlich zu erklären und sollen begründet werden."

8. Kapitel

Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung nach §§ 47 E 63, E 66, 128 LVwG

A) Zu §§ 47 E 63, E 66, 128 LVwG

I) Die Entscheidung des Entwurfs und des Landesverwaltungsgesetzes

§ 47 des Musterentwurfs alter und neuer Fassung und § 128 des Landesverwaltungsgesetzes stimmen im Wortlaut überein. Nach Satz 1 der Vorschriften kann sich jeder der Vertragsschließenden in dem Vertrag der sofortigen Vollstreckung unterwerfen. Nach Satz 2 muß die Behörde in diesem Fall von ihrem Leiter, seinem allgemeinen Vertreter oder einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes, der die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz besitzt, vertreten werden.

Nach Meinung des Bund-Länderausschusses [583] entspricht die von ihm in § 47 Satz 1 getroffene Regelung dem Wesen des Vertrages am besten. Bei ihr werde bei der Vollstreckung aus dem Vertrage nicht danach unterschieden, ob die Behörde gegen den Bürger vollstrecken wolle oder umgekehrt. Die Gleichordnung der Vertragspartner sei damit gewährt. Die Vollstreckung unmittelbar aus dem Vertrag sei nur zulässig, wenn sich der jeweilige Vollstreckungsschuldner im Vertrag der sofortigen Vollstreckung unterworfen habe, denn es widerspräche den bisher geltenden Grundsätzen des Vertragsrechts und auch des Vollstreckungsrechts, wenn jede Partei aus dem Vertrag ohne weiteres vollstrecken könnte. In Anlehnung an § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO und

---

583) Vgl. Einzelbegründung E 63, S. 2o3 f..

§ 67 Abs. 3 OWG sei weiter festgelegt worden, daß die Behörde bei der Vereinbarung der Vollstreckungsklausel durch einen besonders qualifizierten Beamten vertreten sein müsse. Das Vollstreckungsverfahren sei nicht geregelt worden, da es einer Ergänzung der Verwaltungsvollstreckungsgesetze vorbehalten bleiben sollte.

II) Stellungnahme

a) Die Vollstreckungsvoraussetzungen

§ 47 E 63, E 66 und § 128 LVwG führen in Anlehnung an die vollstreckbare Urkunde des § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO einen neuen Vollstreckungstitel ein und erweitern damit die Zahl verwaltungsrechtlicher Vollstreckungstitel nach § 168 VwGO.

Hiergegen bestehen keine grundsätzlichen Bedenken. Allerdings besteht zwischen den genannten Vorschriften ein nicht unwesentlicher Unterschied. §§ 47 E 63, E 66, 128 LVwG verlangen, daß die Behörde beim Abschluß eines Vertrages durch einen besonders qualifizierten Beamten vertreten sein muß, § 794 ZPO verlangt hingegen, daß die Urkunde, in der sich der Schuldner der sofortigen Vollstreckung unterwirft, von einem deutschen Gericht oder Notar aufgenommen wird. Notar und Gericht sind im Verhältnis zu den Vertragsparteien neutrale Stellen, der Behördenleiter, sein Vertreter oder der Angehörige des öffentlichen Dienstes mit Befähigung zum Richteramt sind als Vertreter der vertragsschließenden Behörde Beteiligte. Raudszus [584] sieht daher in der Regelung des § 128 LVwG einen Bruch mit dem aus rechtsstaatlichen Gründen eingeführten Erfordernis der Zivilprozeßordnung, wegen der Tragweite der Vollstreckungsunterwerfung die Mitwirkung eines über den Parteien

584) Raudszus, SchlHAnz 1966, 197.

stehenden, unabhängigen Rechtspflegeorgans herbeizuführen, da jetzt die Exekutive in eigener Sache an die Stelle des Richters und des unabhängigen Notars treten soll. Die Vermutung liegt nahe, daß das Erfordernis einer besonderen Qualifikation des Behördenvertreters weniger an § 794 ZPO orientiert, sondern eher als Schutzvorschrift zugunsten der Behörde gedacht ist [585]. Jedoch wird man aus dieser Abweichung von § 794 ZPO keine durchgreifenden Bedenken herleiten können. Auch die Behörde, die einen von ihr erlassenen Verwaltungsakt vollstrecken will, kann dies ohne vorherige Überprüfung durch eine dritte Stelle, so daß auch hier ein unkorrektes Vorgehen der Behörde denkbar ist. Weiter bietet die vorgesehene Vertretung der Behörde durch einen qualifizierten Bediensteten doch eine gewisse Gewähr dafür, daß ein Mißbrauch der neu geschaffenen Vollstreckungsmöglichkeit unterbleibt [586].

Haben sich die Parteien nicht der sofortigen Vollstrekkung unterworfen, dann soll, wie sich aus den §§ 47 E 63, E 66, 128 LVwG ergibt, eine Vollstreckung unmittelbar aus dem Vertrag nicht möglich sein, vielmehr muß der Gläubiger Leistungsklage erheben und so einen vollstreckbaren Titel erstreiten. Musterentwurf und Landesverwaltungsgesetz entscheiden sich damit gegen die früher herrschende Auffassung, nach der die Behörde ihre Ansprüche schon auf Grund des Vertrages als solchem einseitig durch Verwaltungszwang durchsetzen durfte [587]. Dem Standpunkt des Entwurfs ist beizu-

---

585) Auch Bullinger, Notwendigkeit S. 671 sieht in § 47 eine Kautele zugunsten der Behörde.

586) So die Ergebnisniederschrift, S. 46.

587) So OVG Hamburg, VerwRspr 8, Nr. 52 (23o); OVG Münster, DÖV 196o, 798; Eckert, DVBl 1962, 21; wohl auch Menger, VerwArch 52 (1961), 21o f.; Scheerbarth, § 65; Wolff, § 44 I b 2 bis zur 5. Aufl.; a.A.: OVG Münster, DÖV 1967, 722 f.; Imboden, Rechtsprechung S.2o6; Lerche, S. 82 ff.; Redeker, DÖV 1966, 546; Wolff, § 44 II e.

pflichten. Schließt nämlich die Behörde mit dem Bürger einen verwaltungsrechtlichen Vertrag, dann nimmt sie sich selbst die Möglichkeit, verwaltungsrechtliche Verhältnisse mit obrigkeitlichen Mitteln zu regeln."Sie ist damit auf die Mittel beschränkt, die sich aus dem Verhältnis der Gleichordnung von Vertragsparteien ergeben" [588]. Haben sich die Vertragsparteien nicht der sofortigen Vollstreckung unterworfen, dann kann der Bürger zweifellos nicht unmittelbar aus dem Vertrag vollstrekken, sondern muß einen Titel erwirken und gemäß §§ 167 ff. VwGO vorgehen. Das Gleiche muß auch für die Behörde gelten [589]. Diese Lösung bietet zudem die wünschenswerte Möglichkeit, den geschlossenen Vertrag nicht erst im Rahmen von Vollstreckungsgegenklagen und Schadensersatzklagen, sondern schon im Rahmen der Leistungsklage zu überprüfen [590].

(Z) Der Regelung der §§ 47 E 63, E 66, 128 LVwG wird daher zugestimmt.

b) Das Vollstreckungsverfahren

Der Musterentwurf sieht eine Regelung des Verfahrens zur Vollstreckung aus verwaltungsrechtlichen Verträgen nicht vor. Das Landesverwaltungsgesetz von Schleswig-Holstein hingegen hat die Vollstreckung aus Verträgen, in denen sich die Parteien der sofortigen Vollstreckung unterwerfen, geregelt.

---

588) So OVG Münster, DÖV 1967, 722(723).

589) Lerche, S. 86 ff., beruft sich für den Satz von der grundsätzlichen Erforderlichkeit der Klage zusätzlich auf das positive Recht. Wenn schon für Parteistreitsachen ein Schiedsgericht vereinbart werden könne, dessen Schiedssprüche gem.§ 168 Abs. 1 Nr. 5 VwGO jedenfalls nicht für sich allein Vollstreckungstitel sein könnten, wieviel weniger könne dies für den örV gelten. Das Gleiche ergebe sich aus §§ 1 Abs. 2, 6 ff. BVwVG, daß örVe Grundlage eines Parteistreites sein könnten und daher auch im Parteistreit verfolgt werden müßten. Diesem Argument zustimmend: Wolff, § 16o III a.

590) Vgl. Lerche, S. 89.

Für Geldforderungen der Verwaltung bestimmt § 295 Satz 1 LVwG, daß sie wie sonstige öffentlich-rechtliche Geldforderungen behandelt und nach §§ 239 ff. LVwG beigetrieben werden. Ansprüche der Behörde auf Vornahme von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen werden gemäß §§ 22o, 194 ff. LVwG durch Anwendung von Zwangsmitteln durch-gesetzt. Soweit sich die Vollstreckung gegen die Behörde richtet, verweist § 295 Satz 2 LVwG wegen Geldforderungen auf § 17o Abs. 1 VwGO und § 22o Satz 2 LVwG wegen sonstiger Ansprüche auf § 172 VwGO.

(Z) Gegen diese Regelung bestehen keine Bedenken.

B) Abänderungsvorschlag

In den einzelnen Verwaltungsvollstreckungsgesetzen fehlen bislang allgemeine Bestimmungen über die Vollstrekkung gegen Behörden, lediglich die Vollstreckung wegen Geldforderungen ist verschiedentlich geregelt [591]. Um zu verhindern, daß die Vollstreckungsmöglichkeit nach § 47 des Entwurfs nur·der Behörde zugute kommt, und um eine einheitliche Regelung der Vollstreckung zu gewährleisten, wird vorgeschlagen, die §§ 167 bis 172 der Verwaltungsgerichtsordnung in einem neu einzufügenden Satz 3 des § 47 für entsprechend anwendbar zu erklären [592]. Satz 3 könnte folgenden Wortlaut erhalten:

"Für die Vollstreckung gelten die §§ 167 bis 172 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend."

---

591) Vgl. z.B. § 7o nwVwVG.

592) So auch Ule, Planspiel S. 162; eine solche Regelung findet auch die Zustimmung des Bund-Länderausschusses: vgl. Ergebnisniederschrift S. 46 f..

9. Kapitel

Ergänzende Anwendung von Vorschriften nach §§ 48 E 63, E 66, 129 LVwG

Der Musterentwurf und das Landesverwaltungsgesetz von Schleswig-Holstein enthalten nur einige grundsätzliche Bestimmungen über den verwaltungsrechtlichen Vertrag. §§ 48 E 63, E 66 und 129 LVwG bestimmen daher, daß im übrigen die Vorschriften des Entwurfs bzw. des Landesverwaltungsgesetzes gelten sollen. § 48 E 63 ordnet in einem weiteren Satz an, daß ergänzend die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend gelten sollen [593]. Aus der dogmatischen Trennung von öffentlichem und privatem Recht [594] folgt aber, daß die Vorschriften des BGB nicht generell für entsprechend anwendbar erklärt werden können. Es bedarf vielmehr bei jeder einzelnen Vorschrift einer sorgfältigen Prüfung, ob und inwieweit sie auf den verwaltungsrechtlichen Vertrag übertragen werden kann [595]. Aus diesem Grunde haben der Entwurf [596] in der Fassung von 1966 und das Landesverwaltungsgesetz von einer Verweisung auf das BGB abgesehen.

(Z) Gegen diese Vorschriften bestehen daher keine Bedenken.

---

593) Auch Art. 2o2 wüEVRO verweist für Schuldverhältnisse aus verwaltungsrechtlichen Verträgen großenteils auf die Vorschriften des Schuldrechts.

594) Vgl. dazu Wolff, AöR 76 (195o/51), 2o5 ff..

595) Ausführliche Stellungnahmen zu diesem Problemkreis finden sich bei Beinhardt, VerwArch 55 (1964), 252 ff.; Eckert, DVBl 1962, 11 ff.; Kottke, S. 6o ff.; Sendler, NJW 1964, 2137 ff.; Simons, 71 ff.; Wolff, § 44 III.

Zusammenfassung

Die vorliegende Untersuchung führte in wesentlichen Punkten zu einer Bestätigung des Musterentwurfs und des schleswig-holsteinischen Landesverwaltungsgesetzes. Zustimmung fand vor allem der Zulässigkeitsrahmen, der der Handlungsform des verwaltungsrechtlichen Vertrages gesetzt wurde, und die Entscheidung des Musterentwurfs, einen Rücktritt vom Vertrag analog der Anfechtbarkeit und Widerrufbarkeit rechtswidriger Verwaltungsakte nicht zuzulassen. Der Vertrag wird dadurch zu einem Mittel des Verwaltungshandelns, das nicht nur aus psychologischen Gründen in höherem Maße als der Verwaltungsakt geeignet ist, den Rechtsfrieden zu wahren, der gerade bei der einseitigen, hoheitlichen Regelung atypischer und komplizierter Materien gefährdet ist. Diese Funktion kommt vor allem dem Vergleichsvertrage zu. Hier wie im übrigen waren jedoch neben einigen Klarstellungen, die sich aus einer verfassungskonformen Interpretation der untersuchten Vorschriften ergaben, Korrekturen erforderlich, die zum Teil nur der schärferen Konturierung der Vorschriften dienen sollen, teils aber zur Wahrung der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns unumgänglich erscheinen. So war insbesondere darauf hinzuweisen, daß der verwaltungsrechtliche Vertrag nur Mittel des Normenvollzugs sein darf, soweit er gesetzlich vorgeregelte Verpflichtungen und Berechtigungen berührt.

Die vorgeschlagenen Abänderungen sind in der nachstehenden Neufassung gegenüber der "Münchener Fassung" des Musterentwurfs von 1966 durch Unterstreichung kenntlich gemacht.

§ 4o

Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages

Ein Vertrag, der die Begründung, Aufhebung oder Veränderung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand hat, deren Träger notwendig nur ein Träger öffentlicher Verwaltung sein kann (verwaltungsrechtlicher Vertrag), kann abgeschlossen werden, soweit Rechtsvorschriften dieser Handlungsform nicht entgegenstehen. Insbesondere kann ein solcher Vertrag zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und einer Zivilperson abgeschlossen werden (subordinationsrechtlicher Vertrag).

§ 41

Vergleichsvertrag

Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag im Sinne des § 4o Satz 2 kann abgeschlossen werden, wenn bei verständiger Würdigung eine Ungewißheit über den Sachverhalt oder die Rechtslage besteht, deren Aufklärung unmöglich ist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde, und die Behörde zur Beseitigung dieser Ungewißheit den Abschluß eines Vergleichs nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich hält.

§ 42

Austauschvertrag

(1) Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag im Sinne des § 4o Satz 2, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, kann abgeschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient. Die Gegenleistung muß angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Verpflichtung der Behörde stehen.

(2) Steht die Gewährung der Leistung im Ermessen der Behörde, so kann eine Gegenleistung nur soweit vereinbart werden, wie der Erlaß eines der vertraglichen Verpflichtung der Behörde entsprechenden Verwaltungsaktes ermessensfehlerfrei abgelehnt werden dürfte, weil die durch die Gegenleistung zu schaffenden Umstände fehlen. Im übrigen kann eine Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlaß eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 28 Abs. 2 sein könnte.

(3) Besteht auf die Leistung der Behörde ein Anspruch, so kann nur eine solche Gegenleistung vereinbart werden, die bei Erlaß eines Verwaltungsaktes Inhalt einer Nebenbestimmung nach § 28 Abs. 2 sein könnte.

§ 43

Schriftform

Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag ist schriftlich abzuschließen.

§ 44

Zustimmung von Dritten und Behörden

(1) Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag, durch den Rechte eines Dritten beeinträchtigt werden, wird erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt.

(2) Wird anstelle eines Verwaltungsaktes, zu dessen Erlaß nach einer Rechtsvorschrift die für die vertragsschließende Behörde verbindliche Entscheidung einer anderen Behörde erforderlich ist, ein Vertrag im Sinne des § 4o Satz 2 geschlossen, so wird dieser erst wirksam, wenn die andere Behörde zustimmt.

§ 45

Nichtigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages

(1) Ein verwaltungsrechtlicher Vertrag ist nichtig, soweit sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches ergibt.

(2) Ein Vertrag im Sinne des § 4o Satz 2 ist ferner nichtig, soweit

1. ein Verwaltungsakt, der die im Vertrag übernommene Verpflichtung der Behörde zum Inhalt hätte, nichtig wäre;
2. ein Verwaltungsakt, der die im Vertrag übernommene Verpflichtung der Behörde zum Inhalt hätte, nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 36 rechtswidrig wäre und dies den Vertragschließenden bekannt war;
3. die Voraussetzungen zum Abschluß eines Vergleichsvertrages nicht vorlagen und ein Verwaltungsakt, der die vertragliche Verpflichtung der Behörde zum Inhalt hätte, nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 36 rechtswidrig wäre;
4. sich die Behörde eine nach § 42 unzulässige Gegenleistung versprechen läßt;
5. von der Handlungsform des verwaltungsrechtlichen Vertrages kein Gebrauch gemacht werden durfte und ein anstelle des Vertrages erlassener Verwaltungsakt nicht nur wegen eines Verfahrens- oder Formfehlers im Sinne des § 36 rechtswidrig wäre.

(3) Betrifft die Nichtigkeit nach den Absätzen 1 und 2 nur einen Teil des Vertrages, so ist er im ganzen nichtig, wenn anzunehmen ist, daß er ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen worden wäre.

§ 46

Abänderung und Kündigung

Jeder Vertragschließende kann die Abänderung des Vertrages verlangen oder den Vertrag erforderlichenfalls kündigen, wenn sich die Verhältnisse seit seinem Abschluß so wesentlich geändert haben, daß ihm ein unverändertes Festhalten am Vertrag nicht zugemutet werden kann. Die gleichen Rechte hat die Behörde auch, um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen. In diesem Fall gilt § 38 Abs. 3 entsprechend. Das Abänderungsverlangen und die Kündigung sind schriftlich zu erklären und sollen begründet werden.

§ 47

Unterwerfung unter die sofortige Vollstreckung

Jeder Vertragschließende kann sich im verwaltungsrechtlichen Vertrag der sofortigen Vollstreckung unterwerfen. Die Behörde muß in diesem Falle von dem Behördenleiter, seinem allgemeinen Vertreter oder einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes, der die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz besitzt, vertreten werden. Für die Vollstreckung gelten die §§ 167 bis 172 der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend.

§ 48

Ergänzende Anwendung von Vorschriften

Soweit sich aus den Vorschriften dieses Abschnittes nichts Abweichendes ergibt, gelten die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes.

L e b e n s l a u f

Am 6. Dezember 1943 wurde ich als Sohn des Drogisten Alfons Bisek und seiner Ehefrau Irmgard, geborene Sondermeier in Krakau/Polen geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach dem Besuch der Stiftsschule und des Staatlichen Humanistischen Burggymnasiums in Essen bestand ich am 24. Februar 1964 die Reifeprüfung. Anschließend studierte ich acht Semester Rechtswissenschaften an den Universitäten von Berlin, Lausanne und Münster. Am 24. Oktober 1968 legte ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Düsseldorf ab. Seit dem 3. November 1968 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen und bin als wissenschaftliche Hilfskraft an der Universität Münster tätig.